

因果的共犯論と承継的共犯

谷 岡 拓 樹

第1章 はじめに

第1節 現在の議論状況と本稿の問題意識

第2節 本稿の構成

第3節 本稿の検討対象

第2章 現在の議論に対する批判的検討

第1節 承継肯定説の問題点

第2節 因果的共犯論の問題点

第1款 問題の所在

第2款 「従属性」の根拠

第1項 因果的共犯論における「従属性」の外在性

第2項 「二次的責任類型」性による根拠づけ

第3項 罪刑法定主義による根拠づけ

第4項 政策的考慮による根拠づけ

第3款 因果関係の拡張根拠

第3節 小 括

第3章 新たな処罰根拠の探究

第1節 正犯による構成要件実現の促進を処罰根拠とする立場の検討

第2節 正犯と共犯の保護法益を異なるものと解する立場の検討

第3節 促進による「結果」の惹起を処罰根拠とする立場の検討

第4章 具体的検討

第1節 手段・目的型の承継

第2節 その他の承継

第1款 基本的な考え方

第2款 事後強盗罪及び強盗・強制性交等罪について

第3款 強盗致死傷罪等について

第4款 過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪について

第5章 おわりに

第1章 はじめに

第1節 現在の議論状況と本稿の問題意識

承継的共犯の問題は、先行者によって構成要件が一部実現された後に、その事情を知りながら残りの構成要件の実現に関与した後行者の罪責を問うものである。⁽¹⁾ この問題については、共犯の処罰根拠論において因果的共犯論が通説化するに伴い、承継を否定する見解⁽²⁾（承継否定説⁽³⁾）が有力となった。すなわち、因果的共犯論の立場からは、承継が肯定されることはあり得ない⁽⁴⁾とされてきたのである。ところが、近時、そのような状況に変化がみられる。この問題について、最高裁としてはじめて判断を示した最決平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁（以下、「平成24年決定」とする。）は、後行者の共謀及びそれに基づく行為と傷害結果との間には「因果関係」がない、ということ⁽⁵⁾を理由に傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定するという、それ自体は因果的共犯論と親和的な判断を示した。しかし、その一方で、同決定の千葉勝美裁判官の補足意見は、「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得る」との理解を示したのである。このような、因果的共犯論に親和的な法廷意見と強盗罪等について承継を認め得ることを示唆する千葉補足意見という二つの側面を併せもつ平成24年決定の出現により、学説においても、因果的共犯論の立場を前提としつつ、承継を肯定する見解（承継肯定

⁽⁵⁾ 説)が多数示されることとなった。そして、ついには、最決平成29年12月11日刑集71卷10号535頁（以下、「平成29年決定」とする。）が、詐欺（未遂）⁽⁶⁾ 罪について承継的共同正犯の成立を認めるに至った。

もっとも、このように、最高裁として承継を認める判断が示されたにもかかわらず、現在、学説の議論は停滞しているといつてよい。その一因は、平成24年決定以降も承継否定説はなお根強く、その論者から、承継肯定説に対して徹底的な批判が浴びせられたこと⁽⁷⁾にあると思われる。現在、承継肯定説は、そのような承継否定説からの批判に十分に応えられずにいるのである。そのような現在の議論状況からすると、現状では、（少なくとも理論的には）承継が十分に基礎づけられているとはいいいがたい。

もっとも、そのような現在の議論状況に対しては、次のような素朴な疑問が浮かぶ。すなわち、仮に因果的共犯論の立場が妥当なのだとすれば、なぜ（因果的共犯論の立場からは否定されるべき）承継を認めるべきとの意見がこれほど根強く存在するのであろうか、また逆に、仮に承継を認めるべきなのだとすれば、なぜ（その否定に至る）因果的共犯論が通説的な地位を獲得しているのであろうか。このような疑問である。このような矛盾した議論状況をみると、因果的共犯論を所与の前提とする現在の議論に対して、疑問を抱かざるを得ない。むしろ、このような現状は、因果的共犯論に依拠するとされる学説（及び実務）の多数が、実際には、その原則論に対して、漠然とした疑問を抱いていることの表れなのではないだろうか。⁽⁸⁾

そもそも、因果的共犯論がこれほどまでに広く支持されるに至った理由は、どこにあるのであろうか。その最大の理由は、刑法の任務が法益の保護にある以上、共犯であっても、その処罰を根拠づけるのは、（正犯と同じく）法益侵害（危殆化）の惹起でなければならない、と考えられていること⁽⁹⁾にあるのではないと思われる。このような発想自体は、至極もっともであり、それに対して、疑いを差し挟む余地はないようにも思われる。しかし、法益の保護のために、法益を（現実）侵害する侵害犯だけでなく、それを

危殆化するにすぎない(現実には侵害しない)危険犯まで処罰されていることからして、正犯の処罰根拠自体が、法益侵害の惹起からその危殆化の惹起にまで拡張されているとみることができる。そうであるならば、刑法の任務を法益の保護に求めたとしても、共犯の処罰根拠を法益侵害の惹起から(それと別の形で)拡張された「何か」に求めることも許されるはずである。そして、上記のような矛盾した現在の議論状況は、因果的共犯論に依拠するとされる学説(及び実務)の多数が、刑法の任務を法益の保護に求めるという因果的共犯論の出発点を支持しつつも、共犯の処罰根拠を(正犯と同一の)法益侵害(危殆化)の惹起ではなく、それとは別の「何か」、つまり、法益侵害(危殆化)とは別の「結果」の惹起に求めていることの表れであるように思えてならないのである。仮にそのような理解が正しいのだとすれば、承継的共犯の問題を解決するための鍵は、その「何か」(共犯が惹起すべき法益侵害(危殆化)とは別の「結果」)を明らかにすることにあるはずである。これまでの議論においては、その出発点の正しさゆえに、因果的共犯論を批判的に検討するという試みは、ほとんどなされてこなかったように思われる。しかし、現在の承継的共犯論においては、因果的共犯論を批判的に検討し、その問題点を明らかにすることによって、その「何か」を明らかにすることが求められているように思われる。

本稿は、以上のような問題意識から、因果的共犯論という現在の議論の前提を批判的に検討し、その理解を改めることによって、承継的共犯の問題を解決しようと試みるものである。

第2節 本稿の構成

以上のような目的を達成するために、本稿では、次のような順序で検討を加えていく。まず、承継肯定説を検討することにより、承継否定説が批判するように、因果的共犯論の立場からその主張を基礎づけることは困難である、ということを示す。次に、因果的共犯論を批判的に検討することによ

り、その理論的な問題点を明らかにし、承継肯定説だけでなく、因果的共犯論を貫徹する承継否定説もまた、理論的に克服困難な問題を抱えていることを示す。以上の検討により、従来の因果的共犯論の理解を議論の前提とするこの問題性が明らかとなり、それに代わる新たな処罰根拠の必要性が示される。そこで、因果的共犯論に代わり得る新たな処罰根拠を探究し、そのようなものとして、因果的共犯論を再構成した立場が採用されるべきことを示す。そして最後に、そのような立場に基づき、具体的な承継の問題に検討を加え、いかなる範囲で承継的共犯の成立を認め得るのかを示すことにしたい。

第3節 本稿の検討対象

承継的共犯の問題は、これまで、主に共同正犯を念頭において議論がなされてきた。しかし、本稿では、基本的に狭義の共犯⁽¹¹⁾のみを検討の対象とすることにしたい。というのも、本稿では、既に述べた通り、因果的共犯論という処罰根拠論を再構成することにより、承継的共犯の問題を解決するというアプローチを採用する。そのため、検討の出発点とされるべきなのは、共同正犯ではなく、共犯の処罰根拠論の（主たる）対象である狭義の共犯であるように思われるからである。また、承継的共同正犯の問題は、共犯の処罰根拠の問題だけでなく、さらに「共同正犯性」という共同正犯に固有の問題も絡んでくるため、その点でも、共同正犯を検討の出発点とすることは適切でないように思われる。

それと関連して、現在、承継を認めるための理論構成は、因果性の起点を個別の関与者の行為に求めつつ、因果性の「対象」を緩和する「個別行為アプローチ」と各関与者の個別行為の総体としての全体行為に因果関係の起点を求める「全体行為アプローチ」に分けられる、との分析⁽¹³⁾がなされているが、本稿では、そのうち「個別行為アプローチ」を検討の対象とする。というのも、「全体行為アプローチ」は、基本的に、承継的共同正犯の成立を基礎づけるための理論構成⁽¹⁴⁾であって、本稿の検討対象である狭義の共犯は、そ

の射程外であるように思われるからである。⁽¹⁵⁾

もっとも、「個別行為アプローチ」の立場からも、(共同)正犯者全員の行為をあわせて(基本的)構成要件がみたされているか、という観点から、全体行為と構成要件の結果との間の因果関係は問題とされるのであり、逆に、⁽¹⁶⁾「全体行為アプローチ」の立場も、個別行為の因果性を全く無視しているわけではない。⁽¹⁷⁾ そうだとすれば、両アプローチは、いずれも(共同)正犯者全員の行為をあわせることによって(基本的)構成要件がみたされることを前提として、個別の関与者の行為についてそれを不要とするものであって、両者に本質的な差異はないように思われる。確かに、「全体行為アプローチ」の(一部の)論者は、強盗致死傷罪や傷害罪についても、承継を肯定する余地を認めており、その点で、「個別行為アプローチ」とは決定的な差異があるようにも思われる。しかし、いずれにしても、問題とされるべきなのは、構成要件該当事実の一部に対して因果性をもたない関与者についても当該犯罪の共犯の成立を認め得ることをいかにして基礎づけるかであり、この点は、いずれのアプローチを採用するかにかかわらないはずである。したがって、両者を区別して論じる必要はそもそもないように思われる。

第2章 現在の議論に対する批判的検討

第1節 承継肯定説の問題点

それでは、まずは承継肯定説の説明が、承継を十分に基礎づけ得るものであるのか、という点から検討を始めることにしたい。

「因果的共犯論」に依拠した承継肯定説は、共犯は構成要件該当事実全て⁽¹⁹⁾に対して因果性をもつ必要はなく、最終結果に対して因果性をもてば足りる、と解することによって承継を基礎づけている。もっとも、このような理解に対しては、次のような疑問が生じる。すなわち、例えば、強盗罪の承継的共犯の事例においては、財物奪取時点になってはじめて関与した後行者も、最終結果に対して因果性をもつことができ、承継肯定説からは、強盗罪

の共犯として処罰され得ることになる。しかし、この場合、後行者は窃盗罪の構成要件を（間接的に）実現するにすぎないはずであり、それにもかかわらず、なぜそのような後行者を強盗罪の共犯として処罰し得るのが問題となるのである。⁽²⁰⁾そこで、承継肯定説の論者は、先行者が強盗罪の構成要件を実現していることに着目する。すなわち、「共犯は単独犯ではないのだから、……最終的な法益侵害結果と因果性がある限り、他の構成要件該当事実については、共犯者の行為と併せて実現すれば足りる」⁽²¹⁾と解しているのである。確かに、そのような理解は、（狭義の）共犯においては、「従属性」の要請から、（従属対象である）正犯が（少なくとも）構成要件に該当していなければならないと解されていることと整合するものといえよう。⁽²²⁾

しかし、問題はここからである。承継肯定説は、最終結果に対する因果性のみで足りると解することによって、一部の結果に対する因果性を不要としている。そうだとすれば、最終結果（という一部の結果）に対する因果性のみで、当該犯罪の共犯としての処罰を基礎づけることができるのか、なお問題とされなければならない。

この点に関する承継肯定説からの説明としては、以下のようなものがある。

まず、最終結果に対する因果性のみで共犯の成立を認め、一部の結果に対して因果性を欠いているという事情を量刑判断において考慮する、⁽²³⁾というものがある。しかし、そのような量刑上の考慮はいわば当然であるから、それが最終結果に対する因果性のみで共犯の成立を認め得ることの説明になるようには思われない。また、そのような量刑上の考慮は、結局のところ、罪名と科刑の分離を認めることに帰着し、その点でも問題があるように思われる。

次に、「複数の保護法益を含む犯罪において、すべての保護法益が等価値というわけではなく、第1次的な保護法益が主としてその不法の程度を基礎づけている」のに対し、「副次的な保護法益は、必ずしも当該犯罪の不法の程度を基礎づける決定的な要素とまではいえない」から、「第1次的な保護法益の侵害・危険と因果関係があれば、……共犯の成立を認めてよい」とい⁽²⁴⁾

うものがある。この見解は、副次的な保護法益は、あくまでも「副次的」なものでしかないから、共犯の成立を認めるには、第1次的な保護法益の侵害(危殆化)に対する因果性のみで十分である、と解するものといえよう。

しかし、このような理解に対しては批判が強い。というのも、因果的共犯論は、正犯と共犯が惹起すべき不法を同一のものとして理解する見解であるから、「副次的」だからといって、それに対する因果性を不要とすることはできないはずだからである。⁽²⁵⁾ もちろん、上記見解も、そのことを十分に理解したうえで、その限りで因果的共犯論の理解を修正するものなのであろう。そして、(因果関係が要求される)法益侵害(危殆化)という要素だけでなく、因果関係が要求されない「構成要件的行為の態様や主観的要素など法益侵害以外の要素も当該犯罪の不法内容および法定刑を決定している」のだから、何との因果関係を要求するかについて「法益侵害とそれ以外の要素との間で線を引くか、それとも、第1次的な法益侵害とそれ以外の要素との間に線を引くかは、相対的な違いにすぎ」⁽²⁶⁾ない、つまり、副次的な法益侵害(危殆化)という要素を因果関係が要求されない要素として理解することも許される、と解しているものと思われる。このような理解は、つまるところ、共犯構成要件においては、副次的な法益侵害(危殆化)という(正犯において)因果性が要求されるべき要素が、(法益侵害(危殆化)以外の要素のように)それが正犯によって惹起されたという因果性が要求されない要素へと修正される、と解するものなのであろう。もっとも、そのような理解を成り立たせるためには、副次的な法益侵害(危殆化)が正犯によって惹起されたという事情の存在により、第1次的な法益侵害(危殆化)の惹起のみでも当該犯罪の(共犯の)不法を基礎づけ得ることが説明されなければならない。なぜならば、法益侵害(危殆化)との因果性という観点においては、窃盗の共犯と強盗の(承継的)共犯との間に差異はないのであるから、そのような説明がなされない限り、窃盗の共犯が惹起すべき不法内容と強盗の共犯が惹起すべき不法内容が同一だということになってしまうからである。⁽²⁷⁾しかし、

この点について、論者から十分な説明がなされているようには思われない。⁽²⁸⁾

承継肯定説の中には、このような問題を自覚したうえで、これについて説明を試みるものもある。それによれば、強盗の承継的共犯の事案においては、「先行者が既に強盗目的で反抗抑圧状態を作り出した状況において、その影響が投影された形で行われた財産権侵害行為である」から、「それは強盗罪の結果であって、単なる窃盗罪の結果にとどまるものではない」。そして、「進行中の犯罪が実現する危険性が高まっている状況のもとで、そのような状況にあることを知りながらその犯罪に加担する行為は、相応に違法性が高まると解しても、強ち不合理ではな」く、「先行者が作出した途中結果に、その事情を知りながら自己の行為を結びつけることによって、後行者は先行者の行為に対する構成要件的評価を引き継ぎ、この構成要件的評価の引継ぎの作用と加担後の構成要件該当事実に因果性をもったことが相まって共犯固有の不法が構成される」⁽²⁹⁾という。

この見解は、占有侵害（最終結果）に対して因果性を有するにすぎない後行者も、強盗の（共犯の）不法を惹起したと評価し得ることを積極的に論証しようとするものであり、その意味で、注目に値する。しかし、そのような試みも成功しているようには思われない。というのも、論者が主張するように、「進行中の犯罪が実現する危険性が高まっている状況のもとで、そのような状況にあることを知りながらその犯罪に加担する」という事情により、行為の違法性が高まることを認め得たとしても、それだけでは、後行者が強盗の（共犯の）不法を惹起したと評価することはできないように思われるからである。すなわち、強盗の不法内容に暴行・脅迫の不法が含まれるのだとすれば、後行者が強盗の（共犯の）不法を惹起したと評価するためには、上記のような事情が、暴行・脅迫の不法と同視し得ることが必要となる。しかし、上記のような事情は、進行中の犯罪が何罪であるかにかかわらず認められるものであり、そのような一般的な事情が、強盗罪における暴行・脅迫と⁽³⁰⁾同視し得るようには思われない。そのため、上記のような説明によって基礎

づけられるのは、せいぜい「窃盗の不法+ α 」にすぎず、それによって、強盗罪の共犯の成立を認めることはできないように思われる。また、その点を措くとしても、そのような説明は、承継的共犯の事案にしかあてはまらないのであるから、この見解に従えば、通常の共犯と承継的共犯という不法内容の異なる二つの共犯が存在することになってしまう。そのような説明は、いかにも説得力を欠いたものであるように思われる。

以上からすれば、承継肯定説の立場からは、最終結果に対して因果性を有するにすぎない後行者であっても、当該犯罪の共犯の成立を基礎づけるに足りる不法を惹起し得ることが説明されなければならないが、そのような説明は未だ十分になされていないのが現状である。この点で特に問題となるのは、一部の結果（最終結果以外の結果）に対する因果性の欠如をどのような事情によって埋め合わせるかである。窃盗罪の共犯の場合と強盗罪の承継的共犯の場合とを比べると、その差異は、（従属対象である）正犯（先行者）が強盗の構成要件を実現しているという点に求められる。そうだとすれば、やはり、そのような事情の存在によって、それを埋め合わせるほかない。しかし、結果の惹起とその他の事情とを同一視するという理解は、（間接的な）法益侵害（危殆化）の惹起（のみ）を処罰根拠とする因果的共犯論の立場から基礎づけ得るものではないであろう。そのため、やはり、因果的共犯論の立場からは、承継を認めることは困難であるといわざるを得ない。そうすると、残されるのは、承継を認めることが、因果的共犯論から離反するものであることを率直に認めたうえで、それを因果的共犯論とは異なる立場から積極的に基礎づけるというアプローチである。

とはいえ、これまでの議論において不動の前提とされてきた因果的共犯論から離反するというのは、そう容易いことではないであろう。そのため、因果的共犯論から離反しようとするのであれば、まず因果的共犯論にそれ相応の問題があることを示す必要がある。そこで、以下では、因果的共犯論が抱える理論的な問題点について検討することによって、それを示すことにした

い。

第2節 因果的共犯論の問題点

第1款 問題の所在

因果的共犯論の基本的発想は、正犯と共犯の処罰根拠を同一のものとして理解する、というものである。そのような理解からは、正犯と共犯との差異は惹起態様の差にすぎないことになるため、正犯において構成要件を実現することが必要とされるのと同様に、共犯においても構成要件を（少なくとも）間接的に実現することが必要とされることになる。承継否定説が、共犯の成立を認めるためには、構成要件該当事実全てに対して因果性が必要であり、最終結果に対する因果性では足りない⁽³¹⁾と解しているのは、このような因果的共犯論からの帰結である。

このような因果的共犯論の特徴は、正犯と共犯とをパラレルに理解する点にあるといえよう。⁽³³⁾もっとも、そのような因果的共犯論によっても、両者の成立要件が完全にパラレルに理解されているわけではない。因果的共犯論の立場からも、一定の範囲で共犯固有の考慮が働くことは否定されていないのである。そうだとすると、正犯と共犯の処罰根拠をパラレルに理解しつつ、そのように共犯固有の考慮を働かせることが理論的に両立し得るものであるのかが問題とされなければならない。

そこで、以下では、因果的共犯論において認められている共犯固有の考慮を指摘したうえで、それらに対する因果的共犯論からの根拠づけが成功しているのかについて検討していくことにする。

第2款 「従属性」の根拠

第1項 因果的共犯論における「従属性」の外在性

正犯と共犯の成立要件に設けられている差異として、まず挙げることができるのが、（狭義の）共犯のみに「従属性」要件が課されている点である。

すなわち、その内容につき争いはあるものの、(狭義の)共犯の成立を認めるためには、少なくとも(従属対象である)正犯に構成要件該当性が備わっていなければならないことについて、学説はほぼ一致している⁽³⁴⁾。このような「従属性」は、因果的共犯論の立場から、どのように根拠づけられるのであろうか。

まず確認しておかなければならないのは、このような「従属性」は、因果的共犯論にとって外在的なものであるということである。因果的共犯論の理解からは、共犯も構成要件を(少なくとも)間接的に実現することが必要とされることになるから、そのような処罰根拠をみたす場合には、同時に「従属性」の要請もみたされる、との説明も考えられる⁽³⁵⁾。しかし、常にそのような関係が認められるわけではない。例えば、甲が、乙がV宅に盗みに入ろうとしていることを知り、乙と意思連絡することなく、事前にVに暴行を加えて反抗を抑圧しておいたので、乙は難なくV宅に侵入して窃盗を遂げることができた、という事例では、甲は強盗罪の構成要件を(少なくとも)間接的に実現していることになるが、強盗罪の構成要件をみたす正犯は存在していないため、「従属性」要件を欠き、強盗罪の共犯の成立は認められない。この事例のように、(従属対象である)正犯の行為のみでは当該構成要件をみたさないが、共犯の行為もあわせることでその構成要件がみたされるという場合には、因果的共犯論の要請はみたすが、⁽³⁶⁾「従属性」の要請はみたさないという事態が生じ得る。

ところで、因果的共犯論(惹起説)については、その内部でも対立がみられるが、その中でも、混合惹起説⁽³⁷⁾が現在多数の支持を集めている。この混合惹起説の立場からは、共犯不法の惹起だけでなく、正犯不法の惹起も要求されることになるため、混合惹起説を採用する場合には、因果的共犯論の立場からも「従属性」を内在的に説明できるようにもみえる。しかし、そのような説明で満足することはできない。というのも、共犯不法の惹起と正犯不法の惹起の双方を処罰根拠とするとはいっても、法益侵害(危殆化)が正犯と

共犯とで二重に生じているわけではない以上、そこで問題とされている「正犯不法」が処罰根拠として（「共犯不法」とは別個に）いかなる意味をもつのかは、全く明らかでないからである。⁽³⁸⁾そこで、現在では、共犯不法の惹起（因果的共犯論）を処罰根拠としつつ、正犯不法はもっぱらそれを限定するものとして理解されている。⁽³⁹⁾つまり、正犯不法は「（制限）従属性」そのものとして理解されているのである。したがって、そのような現在の理解に依拠する限り、混合惹起説は、因果的共犯論に制限従属性説を組み合わせたものにすぎず、⁽⁴⁰⁾「従属性」を因果的共犯論に内在する原理として説明し得るものではないのである。

このように、「従属性」が因果的共犯論に内在していない以上、それを要件とするためには、処罰根拠とは別の観点からそれを根拠づける必要がある。そこで、ここからは、そのような根拠づけの当否について検討していく。

第2項 「二次的責任類型」性による根拠づけ

学説では、以上のように、因果的共犯論という処罰根拠論に「従属性」が内在していないことを前提として、その他の観点から「従属性」を根拠づける試みがなされている。

そのような根拠として挙げられているのが、（狭義の）共犯の「二次的責任類型」性である。すなわち、「構成要件は法が禁圧する行為の類型として違法行為類型であるから、そうした違法評価が可能な行為が実際に行われた場合に限って共犯（教唆・幫助）の責任を追及すべきである」、⁽⁴¹⁾というのである。確かに、そのような「二次的責任類型」性が（狭義の）共犯に認められるのであれば、（狭義の）共犯にのみ「従属性」要件が課されることを根拠づけることができるであろう。しかし、それでは、そのような（狭義の）共犯の「二次的責任類型」性の根拠はどこにあるのであろうか。論者は、共犯処罰のためには、正犯の（基本的）構成要件という違法行為類型が実現されていなければならないと説明するが、因果的共犯論の要請をみたまえば、共犯も（少なくとも）間接的に正犯の（基本的）構成要件を実現してい

ることになるのだから、それにより、(共犯処罰のために必要とされる) 違法行為類型の実現を肯定することは十分に可能なはずである。⁽⁴²⁾ そのため、そのような論理によって、(狭義の) 共犯の「二次的責任類型」性を導くことはできないように思われる。⁽⁴³⁾ 既に述べた通り、因果的共犯論によれば、正犯と共犯の処罰根拠は同一であって、両者には惹起態様の差しかないことになる。このような因果的共犯論の理解からすれば、両者はパラレルなものとして理解されるのであって、(狭義の) 共犯が「二次的」であるとの理解は導かれなければならないはずである。もちろん、「正犯」と「共犯」とを区別する以上、「共犯」は「正犯」と比して「二次的」だということはできるのかもしれない。しかし、そのような意味で(狭義の) 共犯が「二次的」だからといって、そこから上記のような意味での「二次的責任類型」性まで認めるのは、明らかに論理の飛躍であろう。⁽⁴⁴⁾ そのため、(狭義の) 共犯の「二次的責任類型」性を当然の前提とした、上記のような説明で満足することはできない。

そもそも、「二次的責任類型」性というものの内容は、正犯が構成要件に該当する(かつ違法である)場合に限り共犯が処罰されるというものであって、これは「(制限) 従属性」の理解そのものを述べているにすぎない。そうだとすると、「二次的責任類型」性によって「従属性」が根拠づけられるというよりも、むしろ、(狭義の) 共犯の「従属性」という性質により「二次的責任類型」性が備わる、つまり、「従属性」が「二次的責任類型」性の根拠とされているのではないだろうか。そうすると、そのような「二次的責任類型」性によって「従属性」を根拠づけるというのは、単なる循環論法でしかない。したがって、「従属性」を根拠づけるためには、(狭義の) 共犯の「二次的責任類型」性とは別の根拠が必要とされなければならない。

第3項 罪刑法定主義による根拠づけ

そこで、学説においては、(狭義の) 共犯の「二次的責任類型」性とは異なる観点から、「従属性」を根拠づけようとするものがある。それによれば、「(狭義の) 共犯の処罰が罪刑法定主義の潜脱とならないよう、従属対象

である（共同）正犯が立法者の定めた不法類型をすべてみたしていなければならない、という要請」が、「従属性」の要請であり、「そういった不法類型こそが講学上の基本的構成要件なの」だ、とされている。⁽⁴⁵⁾つまり、「従属性」の要請は、罪刑法定主義の要請に由来するものだというのである。

もっとも、「従属性」の要請をみたさない共犯の処罰が、なぜ罪刑法定主義の潜脱に当たるのかは必ずしも明らかではない。確かに、正犯の構成要件（基本的構成要件）が罪刑法定主義の要請から定められた不法類型であることを踏まえれば、それがみたされていない、すなわち、「従属性」の要請をみたさない共犯の処罰は、罪刑法定主義の潜脱といえそうである。しかし、共犯も、（従属対象である）正犯の構成要件該当性を理由に処罰されるわけではなく、自らの行為が共犯構成要件（これも立法者の定めた不法類型であろう）に該当するがゆえに処罰されるのである。⁽⁴⁶⁾そのような理解を前提とすれば、共犯が共犯構成要件をみたしてさえいれば、（従属対象である）正犯が構成要件をみたしていなくとも、罪刑法定主義の潜脱とはいえないのではないだろうか。⁽⁴⁷⁾仮にそうだとすれば、論者の主張を成り立たせるためには、（従属対象である）正犯の構成要件該当性が共犯構成要件の一要素となることを示さなければならないはずである。仮に、そのために罪刑法定主義とは別の観点からの根拠づけが必要になるのだとすれば、それは、罪刑法定主義から「従属性」を根拠づける試みが挫折することを意味する。それを避けるためには、罪刑法定主義の観点から、（従属対象である）正犯の構成要件該当性が共犯構成要件の一要素となることを説明することが必要となる。しかし、論者から、この点の説明は特段なされていない。

そのような説明として、まず考えられるのは、共犯構成要件を基本的構成要件によって限定するためだ、という説明である。⁽⁴⁸⁾つまり、（従属対象である）正犯の構成要件該当性という枠が外れることによって、共犯構成要件が不明確・無限定になることが、罪刑法定主義の潜脱に当たる、と考えるのである。確かに、共犯構成要件を限定するために、正犯の処罰範囲を枠づけて

いる基本的構成要件を用いるというのは、合理的な思考であるのかもしれない。しかし、問題は、(従属対象である)正犯の構成要件該当性を問題としなければ、基本的構成要件という枠が外れ、共犯構成要件が不明確・無限定になるといえるかである。既に述べた通り、因果的共犯論の立場からは、処罰根拠をみとすために、共犯も(少なくとも)間接的に(基本的)構成要件を実現することが必要とされることになる。そうすると、共犯構成要件は、(従属対象である)正犯の構成要件該当性を問題とするまでもなく、基本的構成要件によって枠づけられていることになる。そのため、(従属対象である)正犯の構成要件該当性を問題としなければ、基本的構成要件という枠が外れ、共犯構成要件が不明確になるとも、その処罰範囲が無限定になるともいえないように思われる。したがって、「従属性」の要請は、共犯構成要件を基本的構成要件によって限定するためである、との説明は成り立たないように思われる。

そうすると、他に考えられるのは、(狭義の)共犯が「二次的責任類型」⁽⁴⁹⁾だからである、との説明であるが、そのような説明に問題があることは既に述べた通りである。

以上の検討からすると、結局、罪刑法定主義の要請から「従属性」が根拠づけられるという理解にも、問題があるといわざるを得ない。

第4項 政策的考慮による根拠づけ

これまでの検討によって、因果的共犯論の立場から、「従属性」を理論的に根拠づける試みは成功していないということが示されたように思われる。そこで、次に考えられるのが、「従属性」の要請は、理論的なものではなく、政策的な要請である、という説明である。学説の中には、このような説明を採用するものもある。すなわち、「正犯者の行為が適法行為と評価される場合について、あえて背後の共犯の罪責を追及するべきではない。……つまり『正犯は適法、共犯は違法』という場面は理論的にはありうることになるが、狭義の共犯が二次的な刑事責任であることから、制限従属性説の採用

によって、そのような事態は政策的に排除されている⁽⁵⁰⁾」というのである。このような見解は、上述した（狭義の）共犯の「二次的責任類型」性を政策的な要請として根拠づける見解とみることができよう。確かに、「従属性」を理論的に根拠づけることはできなくとも、61条が「犯罪」という文言を、62条が「正犯」という文言をそれぞれ用いていることを手がかりとして、（その内容はともかくとして）「従属性」が政策的に要請されていると解する余地はあろう。しかし、単に「政策」と説明するだけでは、説明として十分ではない。政策的な根拠づけを正当化するためには、そのような政策的考慮が合理的なものであることが示されなければならない。とりわけ、ここで問題となっているのは、因果的共犯論の立場から「従属性」を根拠づけることができるかである。そのため、ここでは、因果的共犯論の立場を前提として、そのような政策的考慮が合理性を有することが示されなければならない。さもなければ、（一般論としてはともかくとして）因果的共犯論の立場から、「従属性」が政策的に要請されていると理解することはできなくなる。

それでは、因果的共犯論の立場から、上記のような政策的考慮が合理性を有するかといえば、そうはいえないように思われる。そのことは、先に挙げた、他人が窃盗を行うことを知ったうえで、それを援助するためにあらかじめ被害者に暴行を加え反抗を抑圧しておいた、という事例によって示すことができる。上記見解によれば、この場合、強盗罪の構成要件に該当する正犯⁽⁵¹⁾がいないため、強盗罪の共犯の成立が政策的に排除されることになる。しかし、（因果的共犯論において共犯の処罰根拠とされる）法益侵害の惹起という観点からみれば、この場合、自ら（直接的に）被害者の反抗を抑圧している点において、強盗罪の共犯の成立が認められる場合（すなわち、間接的に被害者の反抗を抑圧するにすぎない場合）よりも、むしろ重く処罰されるべきであろう。そのような、より重く処罰すべき行為について（より重い処罰に当たる）共犯の成立を政策的に排除し、より軽く処罰すべき行為のみを共犯として（重く）処罰すべき理由はどこにもないはずである。そのため、そ

れは、政策的考慮として合理性を欠くといわざるを得ないように思われる。「従属性」の要請に政策的な合理性が認められるのは、正犯の構成要件該当性（及び違法性）によって共犯の処罰が（少なくとも部分的に）根拠づけられると解する場合、つまり、「従属性」を内在させた処罰根拠を採用する場合だけであろう。そのため、「従属性」を外在的に説明せざるを得ない因果的共犯論が、政策的考慮を理由に、「従属性」の要請を正当化することはできないように思われる。

以上の検討によって、因果的共犯論の立場からは、理論的な観点からも、また、政策的な観点からも、「従属性」を根拠づけることはできないことが明らかになったといえる。

第3款 因果関係の拡張根拠

共犯固有の考慮が認められている領域は、「従属性」に限られない。すなわち、正犯においては、因果関係の内容として、条件関係（結果回避可能性）が必要とされているのに対し、共犯においては、そのような関係までは必要でなく、促進関係で足りる、と解するのが通説的立場である。⁽⁵²⁾しかし、そのような理解に対しては、共犯も正犯と同じく法益侵害（危殆化）の惹起が処罰根拠なのだとなれば、共犯の場合にも、そのような結果との間の条件関係（結果回避可能性）が必要とされるはずではないか、という問いを投げかけることができる。⁽⁵³⁾因果的共犯論は、このような問いに対して、どのように答えることができるのであろうか。

このような、共犯における因果関係の拡張根拠の問題は、因果的共犯論という処罰根拠論の根幹にかかわる重要な問題である。⁽⁵⁴⁾ところが、従来の議論においては、共犯について（特に心理的因果性の場合について）条件関係（結果回避可能性）まで要求したのでは、共犯の成立範囲が狭くなりすぎてしまうという実際上の必要性から、当然のごとくそれが肯定されてきたように思われる。そのため、その根拠についてはほとんど説明がなされてこなか

った。

もっとも、その根拠を説明するものも、わずかながら存在する。例えば、幫助犯とは、そもそも正犯の犯行を促進・容易化するものだから、正犯の結果惹起を促進・容易化すれば足りる、⁽⁵⁵⁾というものがある。しかし、そのような説明は、促進関係のみで幫助犯の成立を認め得ることの説明にはなっても、条件関係（結果回避可能性）を欠く幫助犯が法益侵害（危殆化）の惹起をその処罰根拠としていることの説明にはなっていない。また、法益の保護のためには、そのような「促進」であっても処罰に値する、⁽⁵⁶⁾というものもあるが、このような説明に対しても、先ほどと同様の批判が妥当する。

既に述べた通り、共犯も正犯と同じく法益侵害（危殆化）の惹起を処罰根拠とするものであるならば、共犯も正犯と同じように条件関係（結果回避可能性）まで要求するのが筋である。それにもかかわらず、共犯についてだけそれと異なって解するというのであれば、その根拠は、正犯と共犯との差異に求めるほかにないように思われる。そのような観点からは、心理的因果性の特殊性に着目する見解が注目される。すなわち、人の心理領域については、条件関係（結果回避可能性）の正確な判断に不可欠な法則的知識の確定がきわめて困難であるから、心理的因果性については、条件関係（結果回避可能性）⁽⁵⁷⁾までは必要とされない、というのである。確かに、条件関係（結果回避可能性）を要求することにより問題が生じるのは、主に心理的因果性の場合であり、また、そのような心理的因果性の問題は、（正犯を介して結果を惹起する）共犯に特有の問題といえる。⁽⁵⁸⁾そのため、このような見解は、共犯の場合にだけ、条件関係（結果回避可能性）が不要とされることを説明するものとして、それなりの説得力を有する。しかし、心理的因果性の特殊性により、正犯や物理的因果性と同内容の因果関係を要求できないのだとして、それが因果関係を否定するというのではなく、因果関係の拡張を許容するに至るのはなぜなのであろうか。⁽⁵⁹⁾その理由は、条件関係（結果回避可能性）までは認められなくとも処罰に値する、という点に求めざるを得ないように思わ

⁽⁶⁰⁾れる。そうだとすれば、このような見解に対しても、結局、先ほどと同様の批判が妥当することになる。したがって、心理的因果性の特殊性に着目しても、問題を解決するには至らないように思われる。

そうになると、最後は、正犯と共犯の惹起態様の差に、その根拠を求めざるを得ないように思われる。すなわち、正犯と共犯の処罰根拠が同一であるとはいっても、正犯が法益侵害（危殆化）を「直接惹起」するのとは異なり、共犯は（正犯を介して）それを「間接惹起」するにすぎない、という点に着目するのである。例えば、結果回避可能性を「結果」概念に解消する立場を⁽⁶¹⁾前提として、共犯の場合に結果回避可能性が必要とされないのは、正犯が結果回避可能であることにより結果無価値という否定的評価が担保され得るからだ、と説明する見解は、それを理論的に説明したものと理解することができよう。⁽⁶²⁾しかし、仮に「間接惹起」であることを理由に条件関係（結果回避可能性）が不要とされるのだとすれば、そこでは結局、「間接惹起」によって惹起される「結果」というものが、正犯の「結果」として想定されている法益侵害（危殆化）とは別の物に取り替えられているのではないだろうか。そのことは、上記見解の論者が、共犯について結果回避可能性を不要としつつも、それに代わる促進関係を要求していることに示されているように思われる。⁽⁶⁴⁾すなわち、正犯について結果回避可能性（＝結果無価値）が認められるからといって、共犯についてそれを全く不要とするのであれば、共犯も固有の不法を惹起するという因果的共犯論の理解と矛盾することになる。そこで、結果回避可能性（＝結果無価値）に代わるものとして促進関係が必要とされているのであろうが、そうすると、共犯によって惹起される「結果」も、それに伴って、正犯のそれ（＝結果回避可能性）から別物（＝促進関係）へと取って代わられることになってしまう。もちろん、そのような帰結は、因果的共犯論の理解に反するものである。

以上の検討によって明らかとなったのは、条件関係（結果回避可能性）を不要とした場合、結局、正犯と共犯との差異は、単なる惹起態様の差にとど

まらなくなり、正犯と共犯の処罰根拠は同一であるという因果的共犯論の前提を崩さざるを得なくなってしまうということである。そして、それは、因果的共犯論の理解を維持する限り、共犯における因果関係の拡張を根拠づけることはできないということの意味する。

第3節 小 括

本章の検討結果は、次のようにまとめることができる。

まず、承継肯定説を検討することにより、その理解は、もはや因果的共犯論の立場からは維持し得ないということを明らかにした。

次に、因果的共犯論の問題点を示すことを試みた。因果的共犯論は、刑法の任務を法益の保護に求める立場を出発点とするものであるが、その出発点の正当性ゆえに、これまで因果的共犯論に対する批判的な検討が十分になされないまま、いつしかその理解が所与の前提とされてきたように思われる。しかし、本章の検討から明らかとなったように、因果的共犯論には、「従属性」を根拠づけることができないという問題、そして、通説である促進関係説を前提とすれば、その理解を維持することができないという問題がある。とりわけ、後者の問題は、因果的共犯論という処罰根拠論の根幹にかかわる問題である。そのため、これが解決されない限り、たとえその出発点がどれほど正当であろうとも、因果的共犯論を採用することはできない。

以上のような本章の検討結果を踏まえると、承継的共犯についての議論状況は、次のようにまとめることができる。まず、「因果的共犯論」に依拠した承継肯定説は、共犯の構成要件は、（正犯が構成要件に該当していれば）最終結果に対する因果性のみで足りる、という形で修正されると解するものであるが、そのように解し得る根拠は十分に示されていないことが明らかとなった。もっとも、因果的共犯論を貫徹させた結果「承継否定」という結論に達した承継否定説も、他方で、「従属性」を狭義の共犯の要件とし、共犯における因果関係の拡張を認めるという限りでは構成要件の修正を認めるも

のであるが、そのような理解は因果的共犯論と整合しない。

このような議論状況を踏まえると、今後の議論の方向性として、次の三つの方向性があり得ることになる。第一が、新たな処罰根拠を探究し、承継を基礎づけるという方向性、第二が、因果的共犯論（承継否定説）を維持し、共犯における「従属性」や因果関係の拡張を根拠づけるという方向性、そして、第三が、因果的共犯論（承継否定説）を維持し、共犯における「従属性」や因果関係の拡張を放棄するという方向性である。もっとも、第三の方向性は、結論の妥当性という観点から採り得ないように思われる。そうすると、残された二つの方向性のうち、どちらの方向性がより望ましいかであるが、それは、第一の方向性、つまり、新たな処罰根拠を探究し、承継を基礎づけるという方向性であるように思われる。その理由は二つある。一つは、そのような方向性の方が、成功する可能性がより高いように思われるからである。これまでの検討からも明らかなように、因果的共犯論の立場から、共犯における「従属性」や因果関係の拡張を根拠づけることは極めて困難である。もちろん、新たな処罰根拠を探究する試みも困難なものではあるが、そのような試みはこれまで十分になされてこなかったことから、そのような試みが成功する余地は、まだ残されているように思われる。そして、もう一つは、そのような方向性の方が、より建設的であるように思われるからである。承継的共犯の成立を肯定すべきとする意見が強く、また、判例もそれを認めるに至ったにもかかわらず、あえて承継を否定する方向に進むべき理由はないはずである。

そこで、ここからは、因果的共犯論に代わる新たな処罰根拠を探究し、承継を基礎づけるアプローチの可能性について、検討を進めることにしたい。

第3章 新たな処罰根拠の探究

第1節 正犯による構成要件実現の促進を処罰根拠とする立場の検討

現在、承継的共犯の成否が（主に）問題とされているのは、構成要件上複

数の結果が設定されている犯罪である。このような犯罪について承継を基礎づけるためには、後行者であっても、当該犯罪について共犯が惹起すべき（全ての）結果を惹起し得ることが説明されなければならない。そのような理解としては、（後行者にも惹起し得る）正犯とは異質の（一つの）「結果」を設定する、というものが考えられる。

例えば、共犯とは正犯の犯罪の完成に寄与するものである、と考える立場⁽⁶⁵⁾がそれである。このような立場は、正犯による（違法な）構成要件実現の促進を処罰根拠とするものと言い換えることができよう。このような立場を採用し得るのであれば、犯罪の完成（既遂）までに関与する限り、「結果」を惹起し得るし、また、共犯の処罰根拠それ自体から「従属性」や促進関係説を根拠づけることができる。

しかし、そのような立場は、共犯の処罰根拠を説明するものとして十分なものではない。というのも、そのような立場に従えば、共犯の処罰が、共犯によって惹起された事実とは無関係に、もっぱら正犯が実現した構成要件が何罪のそれであったかによって根拠づけられることになってしまう。それでは、共犯の不法の内実を実質的に説明することはできず、形式的な説明にとどまらざるを得ない。これはすなわち、上記のような説明は共犯固有の処罰根拠を明らかにするものではないということを意味する。つまり、上記のような立場は、単に正犯の可罰性を借用するものとみなさざるを得ないのである。⁽⁶⁶⁾

したがって、正犯による構成要件実現の促進を共犯の処罰根拠とする、との立場は、共犯固有の処罰根拠を説明するものではなく、採用することはできない。

第2節 正犯と共犯の保護法益を異なるものと解する立場の検討

前節の検討からいえるのは、共犯の処罰根拠というからには、共犯が惹起すべき不法の内実を実質的に説明し得るものでなければならない、というこ

とである。そうすると、共犯の処罰根拠も、やはり法益侵害(危殆化)という観点を抜きにして語ることはできないように思われる。しかし、因果的共犯論には既述のような問題があり、これを採用することはできない。そこで考えられるのが、共犯も法益侵害(危殆化)の惹起を処罰根拠とするけれども、(因果的共犯論とは異なり)そこで問題とされる「法益」は正犯におけるそれとは異なる、という立場である。これは、従来の議論⁽⁶⁷⁾でいえば、責任共犯論や不法共犯論と同様の立場といえよう。このような立場から、後行者にも惹起し得る「結果」を設定するのであれば、例えば、正犯者が(違法に)構成要件を実現したことにより生じる正犯者の種々の不利益を問題とする、あるいは、(違法に)構成要件が実現されたことにより害される社会的平穏等を問題とすることが考えられる。そのように考えるのであれば、(共犯の保護法益となる)法益の侵害(危殆化)は、正犯が構成要件を実現することによって、その時点ではじめて生じることになるため、犯行の途中から関与した後行者も、それを惹起し得ることになり、承継的共犯の成立を肯定し得ることになる。また、責任共犯論や不法共犯論がそうであるように、このような立場も、共犯の処罰根拠それ自体から「従属性」を根拠づけることができる。問題は、幫助犯の場合、(従来の通説的理解に従うならば、)共犯行為がなくとも正犯が構成要件を実現させていた(上記のような「結果」が生じていた)であろう場合もその成立範囲に含まれるため、このような立場に立って、上記のような「結果」を観念したとしても、結局、そのような「結果」との間の条件関係(結果回避可能性)を要求することは困難だということである。そうすると、このような立場からも、促進関係までしか要求することはできず、ひいては、そこでいわれる共犯が惹起すべき「結果」も、やはり法益侵害(危殆化)とは別物とならざるを得ないのではないかと思われるのである。もっとも、因果的共犯論の場合にそれが致命的であるのは、因果的共犯論が正犯と共犯の処罰根拠を同一のものとして理解するものだからであって、そのように解さない場合には、共犯(特に幫助犯)につい

て、上記のように保護法益を理解しつつ、その侵害（危殆化）とは異なる「結果」を観念することも不可能ではないと思われる。

以上のように考えれば、このような立場を採用することには、（因果的共犯論と比べても）それなりの利点があるように思われる。しかし、それでもなお、このような立場を採用すべきようには思われない。というのも、いかにこのような立場に利点があるのだとしても、上記のような共犯の保護法益の理解は、あまりにも実態と乖離しており、説得力をもち得ないように思われるからである。⁽⁶⁸⁾ そのように実態と乖離した処罰根拠を採用したのでは、結果として、共犯に対する評価も実態と乖離したものにならざるを得ない。それにより生じる問題は、上記のような利点を帳消しするに十分であるように思われる。また、その点を措くとしても、正犯と共犯の保護法益を異なった形で理解してしまうと、正犯との関係で保護される被害者であっても、共犯としては処罰され得ることになってしまう。現在、（責任共犯論や不法共犯論ではなく）因果的共犯論が通説的地位を獲得しているのには、やはりそれなりの理由があるのである。⁽⁶⁹⁾

以上の検討を踏まえれば、正犯の保護法益とは異なる法益の侵害（危殆化）を共犯の処罰根拠とする立場も、やはり採用することはできない。

第3節 促進による「結果」の惹起を処罰根拠とする立場の検討

ここまでの検討をまとめると、共犯の処罰根拠を考えるうえでは、法益侵害（危殆化）という観点は不可欠であり、また、そこで問題とされる「法益」は正犯におけるそれと同じものでなければならない、ということになる。そうすると、これは因果的共犯論の理解そのものであるから、その意味では、やはり因果的共犯論の理解は正当なものであったということになる。しかし、因果的共犯論の理解が正当であるのはそこまでである。因果的共犯論は、そこから、さらに正犯と共犯が惹起すべき「結果」までをも同一のものとして理解するのであるが、それによって問題が生じることは、既に述べ

た通りである。それでは、一体どのように理解すべきなのであろうか。

因果的共犯論に対する批判として、条件関係(結果回避可能性)を不要とし、促進関係で足りると解する場合には、共犯によって惹起される「結果」は、正犯のそれとは別物になってしまうことを指摘した。正犯と共犯の保護法益を同一のものと解しつつ、正犯と共犯が惹起すべき「結果」を異なったものとして理解する立場としては、そのような促進による「結果」の惹起を共犯の処罰根拠とする立場が考えられる。そのような立場は、正犯の結果惹起を促進したという「(現実⁽⁷⁰⁾に生じた正犯結果に対する)寄与」を共犯が惹起すべき「結果」と解する立場とみることができよう。結論としては、そのような立場を採用するのが妥当であり、また、そうするほかにないと思われる。

そして、因果的共犯論を標榜する現在の通説的立場も、促進関係説を採用する限りでは、実質的にはこのような立場を採用していることになる。⁽⁷¹⁾そのことは、次のことから裏付けられる。すなわち、刑法の任務を法益の保護に求める立場からは、(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起のみが、刑法によって禁圧されるべきことになる。そして、そのような行為を類型化したものが基本的構成要件である。しかし、そのような(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起を十分に禁圧するためには、それだけでは足りない。そのためには、そのような(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起を促進する行為も同時に禁圧することが必要である。このように考えると、そのような場合に限っては、(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起にみ⁽⁷²⁾たない促進による「結果」の惹起も、禁圧されるべきことになろう。しかし、仮に刑法によって禁圧されている(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起とは無関係に、(共犯として)それを処罰しようとするならば、基本的構成要件を定めることにより、(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起のみを禁圧の対象とした趣旨が骨抜き⁽⁷³⁾になってしまう。それは、まさしく「罪刑法定主義の潜脱」というべき事態である。したがって、そのような罪刑法定主義の潜脱を防止するために、

「最小限度従属性」が必要とされることになる。さらに、上記のような理解からは、（従属対象である）正犯行為が刑法によって禁圧されるべき違法な行為であることが、共犯処罰の前提とされることになる。そのため、そこから（狭義の）共犯の「二次的責任類型」性を肯定することができ、それにより、「制限従属性」が導かれることになる。このように、促進による「結果」の惹起を共犯の処罰根拠とするならば、罪刑法定主義の要請や（狭義の）共犯の「二次的責任類型」性によって「従属性」を根拠づける、という従来の説明は十分に成り立ち得る。⁽⁷⁴⁾ このことから、因果的共犯論を標榜する現在の通説的立場も、実際には、因果的共犯論の理解を貫徹させてはおらず、促進による「結果」の惹起を共犯の処罰根拠とする立場を採用していたことがわかる。このように、促進による「結果」の惹起を共犯の処罰根拠とする立場は、因果的共犯論の理解を「従属性」や促進関係説といった理解と整合するように再構成したものと評価することができる。

もっとも、このように因果的共犯論を再構成したとしても、それが現在の通説的立場と（実質的には）同一の立場であるとすれば、結局、議論は振り出しに戻ってしまうように思われるかもしれない。しかし、実際はそうではない。確かに、このような立場からは、正犯において複数の結果が設定されている犯罪については、共犯が惹起すべき「結果」として、それぞれの結果に対する「寄与」という複数の結果が設定されることになる。そして、共犯の成立を認めるためには、それら複数の結果の惹起が必要とされることになる。しかし、それによって承継を認める途が完全に閉ざされるわけではない。因果的共犯論のように、共犯が惹起すべき「結果」を正犯のそれと同一のものとして理解するならば、共犯が「結果」を（直接ないし間接に）惹起するためには、「結果」を（直接）惹起する正犯行為（実行行為）というルートを経なければならないことになる。⁽⁷⁵⁾ 例えば、強盗罪の（全ての）「結果」を惹起するためには、それらを惹起する暴行・脅迫と財物奪取の双方を自ら行うか、あるいは、それらに対して因果性をもつことが必要になる。そ

のため、後行者の関与後に暴行・脅迫を認めることができない（通常の）場合、後行者は強盗罪の（全ての）「結果」を惹起することはできず、その結果、承継的共犯の成立を認めることはできないことになる。構成要件該当事実全てに対して因果性が必要である、という承継否定説の理解は、このようにして導かれるものである。しかし、逆に、共犯が惹起すべき「結果」が正犯のそれと同一のものでないと解するのであれば、正犯行為（実行行為）というルートを経ることなく、共犯が直接に「結果」を惹起し得ることになる。⁽⁷⁶⁾ 実際、促進による「結果」の惹起を共犯の処罰根拠とする立場からは、⁽⁷⁷⁾ 正犯行為（実行行為）に因果性を及ぼしていなくとも、（一定の）法益侵害（危殆化）の惹起を促進しさえすれば、その処罰根拠（及び「従属性」の要請）をみたすことができる。そのため、そのような立場からは、財物奪取のみに関与する後行者も強盗罪の（全ての）「結果」を惹起し得る、との理解も十分に成り立つ余地がある。このように、共犯が惹起すべき「結果」を正犯のそれと異なったものとして理解することによって、構成要件該当事実全てに対する因果性が必要とされる理由はなくなり、また、共犯が惹起すべき（複数の）「結果」が、後行者にも惹起し得るものとして設定され得ることになる。そして、それは、促進による「結果」の惹起を共犯の処罰根拠とする立場へと因果的共犯論を再構成することによって、承継を認める途が開かれたことを意味する。このように考えると、承継肯定説の主張の核心が、最終結果に対する因果性のみで共犯の成立を認め得る、という点にあったのではなく、先行行為に対する因果性を欠いても共犯の成立を認め得る、という点⁽⁷⁸⁾にあったのだとすれば、それは、（再構成された）「因果的共犯論」の立場からも、十分に成り立ち得るものであったことになる。

もっとも、このような理解から、実際に承継を認めるためには、さらに、それぞれの犯罪の各論解釈に基づき、後行者がいかにして当該犯罪の（全ての）「結果」を惹起し得るのかを具体的に明らかにすることが不可欠である。そこで、ここからは、そのような各論的な検討を通じて、具体的にどの

ような範囲で承継的共犯の成立を基礎づけることができるのかを明らかにすることにしたい。

第4章 具体的検討

第1節 手段・目的型の承継

まず、検討の対象とするのは、強盗罪を典型とするような、手段と目的の関係に立つ複数の実行行為が含まれている犯罪類型である。⁽⁷⁹⁾このような犯罪類型については、平成24年決定の千葉補足意見が「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、……承継的共同正犯の成立を認め得る」としており、また、実際に、平成29年決定が詐欺（未遂）罪について承継を肯定している。⁽⁸⁰⁾そのため、このような犯罪類型について承継を認めることができるかは、特に問題となる。

最初に確認しなければならないのは、これらの犯罪の不法内容をどのように理解するかである。学説の中には、当該犯罪の不法内容についての解釈によって、従来の因果的共犯論に立脚しながら承継を肯定しようとするものがある。すなわち、「詐欺罪については、被害者を欺くこと自体を独自の結果として把握する必要はなく、錯誤に陥った被害者を道具として利用しつつ、財物等の占有を移転させる点に同罪の法益侵害性があると解することが可能である」から、「財物の受領のみに関与した後行行為者についても、詐欺罪の『結果』との間に因果関係が認められ、同罪の共同正犯の成立を肯定することができる」、⁽⁸¹⁾というのである。つまり、この見解は、「錯誤」という中間結果は詐欺罪の（惹起すべき）不法内容に含まれないと解することにより、その惹起を要求することなく詐欺罪の共犯の成立を認めているのである。確かに、そのような理解が可能なのだとすれば、被害者から財物を受け取った（受け取ることに関与した）にすぎない後行者についても、詐欺罪の（全）不法を惹起し得ることになるため、承継的共犯の成立を認め得るであろう。しかし、そのような理解に対しては、最終結果だけでなく、「錯誤」のよう

な中間結果も不法を構成する、といった批判が強い。⁽⁸²⁾ また、論者自身も認めている通り、仮に詐欺罪についてそのような理解が可能だとしても、そのような理解を他の犯罪に及ぼすことには限界がある。そのため、やはり「錯誤」のような中間結果も当該犯罪の不法を構成することを前提として、それでもなお承継を認め得ることが示されなければならない。

それでは、「錯誤」のような中間結果も当該犯罪の不法を構成するとして、後行者は、そのような不法の実現も促進するといえるであろうか。以下、強盗罪を例にして、この点について検討することにしよう。なお、以下では、第1行為(暴行・脅迫)により惹起される不法を「第1不法」、第2行為(財物奪取)により惹起される不法を「第2不法」と呼ぶことにする。

まず問題となるのは、後行者の関与後に、正犯が第1不法を実現しているといえるかである。仮にこれを認めることができないのであれば、当然後行者がその実現を促進することもできなくなるため、承継的共犯の成立を認めることもできなくなる。確かに、後行者が関与した時点では、第1不法を惹起する暴行・脅迫は既に行われている。しかし、そのことは、後行者の関与時点で既に第1不法が実現されていることを意味するわけではない。というのも、強盗罪の成立を認めるためには、被害者の反抗を抑圧することが必要⁽⁸⁴⁾であるが、単に被害者の反抗を抑圧すればよいというものでもないからである。強盗罪が手段・目的型の犯罪類型であることからして、強盗罪における暴行・脅迫は、被害者に反抗を受けることなく財物奪取を完遂させるための手段としての意味をもつものと解される。⁽⁸⁵⁾ そのことは、一旦被害者の反抗を抑圧したとしても、財物奪取時点でそれが解消されていれば、強盗(既遂)罪は成立し得ないことに示されている。そうであるならば、強盗罪の不法は、財物奪取時に被害者を反抗抑圧状態におくこと(第1不法)と、反抗が抑圧された状態で財物を奪取すること(第2不法)とによって構成されると解すべきである。⁽⁸⁶⁾ このような理解に従えば、強盗罪の第1不法を(完全に)みたすためには、財物奪取時点で被害者の反抗が抑圧されており、また、そ

れが財物奪取を完遂するに至るまで維持されていることが必要となる。そうすると、後行者の関与時点では未だ財物奪取が行われていない以上、後行者の関与後に、正犯による第1不法の実現を認めることができ、後行者はそれを促進することによって、強盗罪の承継的共犯となり得ることになる。

次に問題となるのは、財物奪取に関与することによって、第1不法の実現を促進するといえるかである。通常の場合、財物を奪取することは被害者の反抗抑圧状態とは無関係であるから、財物奪取に関与することが、第1不法の実現を促進するとはいえないようにも思われる。確かに、従来の因果的共犯論の理解からは、第1不法の実現を促進する（因果性が認められる）ためには、それを惹起する暴行・脅迫への関与が必要となるため、そのように考えざるを得ない⁽⁸⁷⁾。しかし、本稿のように因果的共犯論を再構成した場合には、事情は異なる。というのも、本稿の立場に従えば、第1不法の実現の「促進」として、反抗抑圧状態の維持・継続に寄与することは必要でなく、第1不法を不実現に至らしめるような事態を生じさせない（生じる可能性を低下させる）ことで足りるからである。このような理解は、以下のようにして導かれる。

本稿の理解によれば、共犯は、（従来の因果的共犯論のように）正犯とパラレルに位置づけられるのではなく、正犯の実行行為（正犯行為）によって不法が実現される（されようとしている）ことを前提として、その実現過程に介入するものとして位置づけられることになる。このような理解は、いわば共犯を、中止未遂とは逆方向に向かう「アクセル」として位置づけるものである。つまり、実行行為による不法の実現過程において、途中で翻意して消極方向に舵を切り直し、最終的にそれを不実現という結末に落ち着かせるのが中止未遂であるのに対して、反対に、その実現過程に積極方向で介入して正犯行為に同伴し、それを実現へと送り届けるのが共犯である、と解されることになる⁽⁸⁹⁾。共犯の処罰を基礎づける「促進」が、刑の（必要的）減免を基礎づける「中止」と逆向きのものとして構想されるのは、ある意味自然な

ことであろう。⁽⁹⁰⁾このような理解に従えば、「促進」の内容は、「結果発生の阻止」である「中止」の逆、すなわち、「結果不発生の阻止」と解されることになる。正犯が不法を実現するに至るまでには、それを妨げる様々な事態が起り得る。そのような不法の実現を妨げる事態を生じさせない（生じる可能性を低下させる）ことが、「促進」に当たることになるのである。⁽⁹¹⁾

このように「促進」の内容を理解すると、強盗罪においては、財物奪取に関与することにより、第2不法の実現はもちろん、第1不法の実現をも促進していると考えることができる。というのも、既述のように、強盗罪の第1不法は、財物奪取時に被害者を反抗抑圧状態におくことであるから、正犯が途中で財物奪取意思を放棄したり、正犯の財物奪取が失敗に終わったりした場合（中止された場合）には、第2不法だけでなく、第1不法も実現されなかったことになる。そうすると、財物奪取に関与することによって、そのような「中止」を阻止することは、第2不法の実現だけでなく、第1不法の実現をも促進することにほかならないのである。⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾

以上の検討によって、財物奪取のみに関与する後行者であっても、強盗罪の第1不法と第2不法の双方の実現を促進し得ること、つまり、共犯が惹起すべき（全ての）「結果」を惹起し得ることが示された。そして、これにより、強盗罪の承継的共犯の成立を認め得ることが理論的に基礎づけられたことになる。⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾

このような理解は、（個々の犯罪の各論解釈にもよるものの）詐欺罪をはじめとした他の手段・目的型の犯罪にも、基本的に妥当し得るものである。⁽⁹⁶⁾そうすると、平成24年決定の千葉補足意見が「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、……承継的共同正犯の成立を認め得る」としたことや、平成29年決定が詐欺（未遂）罪について承継的共犯の成立を認めたこと、つまり、判例の立場も、理論的に支持し得ることになる。

第2節 その他の承継

第1款 基本的な考え方

続いて、手段・目的型以外の犯罪類型について検討することにしたい。手段・目的型に限らず、それ以外のタイプのものであっても、「結合犯」においては複数の実行行為が含まれているため、同じように承継的共犯の問題が生じ得る⁽⁹⁷⁾。例えば、事後強盗罪においては、先行する窃盗がなされた後、（法所定の目的でなされた）暴行・脅迫にのみ関与した者について、事後強盗罪の（承継的）共犯の成立を認め得るかが問題となる。

そもそも、これらの犯罪が結合犯と解されるのは、当該結合犯の処罰が先行する窃盗等の不法によっても基礎づけられていると解さざるを得ないからである⁽⁹⁸⁾。そうすると、これらの犯罪を結合犯と解するからには、当然、その共犯の成立を認めるために、先行する窃盗等の不法の実現を促進することも必要とされなければならない。しかし、これらの犯罪においては、先に検討した手段・目的型の場合とは異なり、後行者の関与時点でその後の犯行を中止したとしても、先行して行われた窃盗等については、既に既遂に至っている（あるいは、未遂が確定している）以上、もはやその「中止」を観念することはできず、それゆえ、その不法の実現を促進する（「中止」を阻止する）こともできない⁽⁹⁹⁾。したがって、手段・目的型以外の結合犯については、承継的共犯の成立を認めることはできないことになる。

以上が基本的な考え方であるが、さらに個別の犯罪に応じて、各論的に検討すべき点がいくつか残されている。そこで、以下では、それらについて順に検討していくことにする。

第2款 事後強盗罪及び強盗・強制的性交等罪について

事後強盗罪及び強盗・強制的性交等罪においては、窃盗ないし強盗が先行することになるが、後行者の関与後にもそれらの不法の実現を認め得る、との異論が、以下のように二つ考えられる。

一つは、窃盗の不法は、それが既遂となった後でも実現され得る、という

ものである。学説の中には、占有が取得され、窃盗が既遂となった後であっても、それが確保されるまでは被害者にも占有の一部が残っているから、それまでに関与すれば、窃盗罪の共犯の成立を認め得る⁽¹⁰²⁾、と主張するものがある。このような理解に従えば、後行者関与後の暴行・脅迫ないし強制性交等の時点においても、窃盗の不法（ひいては強盗の不法）はなお実現され得ることになるから、それを促進することにより、事後強盗罪や強盗・強制性交等罪の承継的共犯の成立を認め得ることになる。もっとも、そのような理解には問題があるように思われる。確かに、窃盗が既遂となったからといって、それにより被害者の占有が完全に失われるわけではないから、なお「占有侵害」は認め得るであろう。しかし、窃盗の不法は、単に占有者の占有を侵害することのみによってみたされるわけではないはずである。窃盗罪の場合において、（被害物である）財物に対する支配は、（既遂の前後を問わず）徐々に被害者から行為者へと移転していき、「確保」により、被害者のそれが完全に失われることになる。しかし、その逐一の支配関係の変動（「占有侵害」）が窃盗の不法をみたすわけではない。そのことは、「取得」によりはじめて窃盗が既遂に至ることからも明らかである。つまり、窃盗の不法は、財物に対する支配が被害者から徐々に行為者に移転していき、それが一定の閾値を超える、すなわち、「占有移転」が認められることにより、はじめてみたされるのである⁽¹⁰³⁾。そうである以上、先行者によって財物がいったん取得された後も被害者の占有は侵害され続けているとしても、それが「窃盗」の不法をみたすことはなく、それゆえ、共犯が「窃盗」の不法の実現を促進することもできない。

もう一つは、先行する窃盗や強盗により、正犯が財物の占有を取得し、現に保持している場合には、その返還請求権の免脱を問題とすることにより、2項強盗（類似）の不法の実現を肯定し得る、というものである。確かに、強盗後の強制性交等により、財物の返還を免れたと認められるのであれば、強制性交等にのみ関与した後行者についても、（2項）強盗・強制性交等罪

の共犯の成立を認め得るであろう。⁽¹⁰⁴⁾しかし、問題は、そのような論理を用いることによって、事後強盗罪の場合の後行者についても同罪の共犯の成立を認め得るか、という点である。学説においては、このような場合には、暴行・脅迫が財物の返還請求権の免脱ないし財物の確保に向けられていることから、（2項強盗から拡張された）強盗類似の財産犯性を基礎づけ得るとして、事後強盗罪の共犯の成立を認める見解が主張されている。⁽¹⁰⁵⁾しかし、既に述べた通り、そもそも事後強盗罪を結合犯と解するのは、先行する窃盗部分の不法も、事後強盗罪の成立を基礎づけるのに不可欠だと考えられるからである。そうだとすれば、それに対する「促進」を不要とするのは矛盾というほかない。上記見解の主張は、つまるところ、事後強盗罪の（上記のような）一定の事案類型においてだけ、同罪の不法内容から先行する窃盗部分の不法を除外する、つまり、同罪を（実質的に）身分犯と解するものとみなさざるを得ない。しかし、そのような理解を採用することは困難である。そのため、このような場合には、事後強盗罪ではなく、2項強盗罪の共犯の成立を認めるべきである。⁽¹⁰⁷⁾確かに、その場合には、共犯者間で既遂時期にずれが生じることになるから、やや不自然に感じられるのもわからないではない。⁽¹⁰⁸⁾しかし、その程度の不自然さは、甘受せざるを得ないように思われる。⁽¹⁰⁹⁾

第3款 強盗致死傷罪等について

これまで、強盗致死傷罪等の承継といえ、死傷結果が生じた後の財物奪取等に関与した後行者について、強盗致死傷罪等が成立するか、という点が問題とされてきた。⁽¹¹⁰⁾しかし、強盗致死傷罪等について承継が問題となるのは、そのような場合に限られない。すなわち、死傷結果の原因行為は強盗等が既遂に至った後の行為であっても足りると解する場合⁽¹¹¹⁾には、強盗等が既遂に至った後に行われた死傷結果の原因行為のみに関与した後行者について、強盗致死傷罪等の共犯の成立を認め得るかが問題となる。

強盗致死傷罪等は、死傷結果の発生により、強盗等の未遂・既遂を問わず

成立し得ることから、特別な考慮を働かせる余地がある。すなわち、先行する強盗等が既遂に至っている必要がないのだとすれば、強盗致死傷罪等の不法内容に強盗等の不法は含まれていないと解する余地があり、仮にそのように解すると、死傷結果に対する「促進」のみでも、強盗致死傷罪等の共犯の成立を認め得ることになる。しかし、そのような理解には問題があるように思われる。というのも、強盗致死傷罪等においても、先行する強盗等が未遂に至っていることまで不要とされているわけではないからである。そうだとすると、少なくとも、先行する強盗等の未遂不法に対する「促進」は必要とされなければならないはずである。⁽¹¹⁴⁾⁽¹¹⁵⁾ それでは、強盗等が既遂に至った後に行われた死傷結果の原因行為に関与することによって、先行する強盗等の(未遂)不法を促進したといえるかといえ、それは無理であろう。先行する強盗等が既遂に至っている以上、もはやその「中止」はあり得ないからである。したがって、強盗等が既遂に至った後に行われた死傷結果の原因行為のみに関与した後行者について、強盗致死傷罪等の共犯の成立を認めることは、やはりできないように思われる。⁽¹¹⁶⁾

第4款 過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪について

過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪(自動車運転死傷行為処罰法4条。以下、「発覚免脱罪」とする。)は、①アルコール又は薬物の影響によりその走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で自動車を運転する行為、②運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させる行為、③更にアルコール又は薬物を摂取すること、その場を離れて身体に保有するアルコール又は薬物の濃度を減少させることその他その影響の有無又は程度が発覚することを免れるべき行為(以下、「発覚免脱行為」とする。)からなる複合形態⁽¹¹⁷⁾の犯罪と解されており、③の発覚免脱行為のみに関与した後行者について承継の可否が問題となる。しかし、発覚免脱行為の「中止」と既に行われた①及び②の行為は無関係なのであるから、上述の基本的な考え方に従って⁽¹¹⁸⁾

考えれば、発覚免脱罪においては、発覚免脱行為のみに関与した後行者が同罪の（承継的）共犯の罪責を負うことは理論上あり得ないものと解される。⁽¹¹⁹⁾ もっとも、問題はそこからである。というのも、承継を否定した場合、発覚免脱行為という証拠隠滅行為に関与したことを理由に、証拠隠滅罪の共犯として処罰され得ることになるが、この場合、（正犯にとって自己の刑事事件に関する証拠であるから）証拠隠滅罪の構成要件に該当する正犯が存在しておらず、「従属性」の要請をみたさないことから⁽¹²⁰⁾、同罪の共犯の成立を認めることもできないように思われるからである。⁽¹²¹⁾

もっとも、学説においては、この場合、証拠隠滅罪の構成要件に該当する正犯がいなくとも、なお同罪の共犯の成立を認め得る、との見解が主張されている。それによれば、「証拠隠滅罪においては、……基本的に刑事司法作用に対する侵害性が認められるけれども、それが自己の刑事事件の証拠であることに鑑み、期待可能性がないとして例外的に不可罰とされているにすぎない。これに対して、本罪〔発覚免脱罪：筆者注〕では、自己の刑事事件の証拠を隠滅する行為について、期待可能性がないために不可罰にするという例外が解除された上で、独立した犯罪として規定されてはいないものの、そのようにして可罰性が認められた行為が、結合犯の中の実行行為の一つとして組み入れられている。その意味で、本罪と証拠隠滅罪は、ともに刑事司法作用を保護法益とし、同じ侵害内容を持つ可罰的な証拠隠滅行為という範囲において、構成要件的に重なっている」から、「不可罰の証拠隠滅行為への関与ではなく、可罰的な証拠隠滅行為（発覚免脱行為）への関与という意味で捉えれば、証拠隠滅罪の教唆・幫助も認められる」という。⁽¹²²⁾

本稿の「従属性」の理解によれば、（従属対象である）正犯の構成要件該当性が必要とされるのは、刑法によって禁圧される（一定の）法益侵害（危殆化）の惹起と無関係に共犯処罰が肯定されることにより、罪刑法定主義が潜脱されることを防ぐためであった。この場合の発覚免脱行為は、上記見解が主張するように、証拠隠滅罪の構成要件には該当しないものの、発覚免脱

罪の一部として禁圧される(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起に当たるとはいえるし、また、証拠隠滅罪における「証拠の他人性」が(不法にかかわらない)責任要素にすぎないのだとすれば、この場合でも、証拠隠滅罪として禁圧される(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起には当たるということもできよう。そうだとすれば、このような場合には、正犯の(証拠隠滅罪の)構成要件該当性は認められなくとも、「従属性」の要請はみたされると解する余地がある。しかし、そのような解釈を認めるのであれば、被疑者に対して当該事件(自己の刑事事件)に関する証拠の隠滅を教唆したという場合も、正犯の構成要件該当性は認められなくとも、刑法によって禁圧される(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起には当たるとして、証拠隠滅罪の教唆犯の成立が認められることになりかねない。そのような帰結が妥当でないのだとすれば、それは結局、証拠隠滅罪における「証拠の他人性」を(不法にかかわらない)責任要素と解することに問題があるということではないだろうか。⁽¹²³⁾「証拠の他人性」が不法要素なのであれば、この場合、証拠隠滅罪として禁圧される(一定の)法益侵害(危殆化)の惹起を欠くことになるので、発覚免脱行為のみに関与した後行者について、証拠隠滅罪の共犯の成立を認めることはできないことになる。

もっとも、実際には、上記のような解釈を認める実益は、それほどないように思われる。というのも、発覚免脱行為に関与する行為それ自体が、証拠隠滅罪の構成要件に該当すると評価し得る場合が少なくないように思われるからである。したがって、後行者について証拠隠滅罪の共犯の成立を認め得るか否かにかかわらず、多くの場合、後行者を同罪の正犯として処罰することができる。

第5章 おわりに

本稿は、因果的共犯論を批判的に検討することにより、その二つの問題点を明らかにした。一つは、「従属性」を根拠づけることができないという問

題点、もう一つは、共犯における因果関係の拡張を根拠づけることができないという問題点である。そして、本稿は、それらの問題点を解消するために、促進による「結果」の惹起を共犯の処罰根拠とする立場へと因果的共犯論を再構成すべきことを主張した。そして、そのような処罰根拠を採用することにより、手段・目的型の犯罪類型について、承継的共犯の成立を認め得ることを示した。

このように、本稿は、従来の因果的共犯論の理解とは異なる立場を採用するものであるが、これまでも度々述べてきた通り、その主張内容は、これまでの通説的理解に反するものというよりも、むしろ、これまで通説的立場が暗黙裡に前提としてきた理解を言語化ないし具体化したものにすぎないと考えている。そのため、因果的共犯論を前提としてきた従来の共犯論の理解は、基本的には、本稿の立場にも同様に妥当することになると思われる。もっとも、承継的共犯の問題と同じく、これまで因果性という観点から議論されてきた問題、例えば、共犯関係の解消の問題などについては、本稿の立場から、異なる理解が導かれる余地があるように思われる。この点については、今後さらに検討を深めていきたい。

なお、本稿は、その検討対象を狭義の共犯に限定してきたことから、本稿の理解を共同正犯にも同様に及ぼすことができるのかがさらに問題となる。本稿が示した共犯の処罰根拠は、（従属対象である）正犯の存在を前提としており、その意味で、その理解を共同正犯にそのままの形で妥当させることはできない。もっとも、共同正犯の場合も、狭義の共犯と同様に促進関係で足りるものと解されており、また、共同正犯者全員の行為をあわせることによって（基本的）構成要件の実現を認め得ることからすると、狭義の共犯の場合と同様の理解を採用し、承継的共同正犯の成立を認めることは十分に可能であるように思われる。もっとも、その詳細については、共謀（共同性）の内実を含めて、別稿において検討することにしたい。

- (1) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)368頁などを参照。
- (2) 本稿では、後行者について、先行行為と後行行為の双方によって構成される犯罪の共犯の成立を認めることを「承継」と呼ぶ。また、そのようにして認められる共犯のことを「承継的共犯」と呼ぶ。
- (3) 山口・前掲注(1)370-371頁、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018年)598-599頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』(日本評論社、2017年)410頁、林幹人『刑法総論〔第2版〕』(東京大学出版会、2008年)380頁以下、浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2019年)435頁、関哲夫『講義刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2018年)419頁などを参照。
- (4) 例えば、山口・前掲注(1)371頁などを参照。
- (5) 橋本正博「『承継的共同正犯』について」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』(成文堂、2014年)591頁以下、十河太郎「承継的共犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑨』(成文堂、2016年)146頁以下、高橋直哉「承継的共犯論の帰趨」同書182頁以下、井田良「承継的共同正犯についての覚書」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2017年)637頁以下、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣、2020年)393頁以下などを参照。
- (6) 川田宏一「判解」法曹時報71巻11号(2019年)308頁参照。
- (7) 山口厚「承継的共犯論の新展開」法曹時報68巻2号(2016年)10頁以下、小林憲太郎「いわゆる承継的共犯をめぐる」研修791号(2014年)8頁以下、同「承継的共犯・再論」研修820号(2016年)6-7頁、同・前掲注(3)598頁以下、松原芳博「承継的共犯」『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015年)194頁以下、同「詐欺罪と承継的共犯——送付型特殊詐欺事案における受け子の罪責をめぐる——」法曹時報70巻9号(2018年)14頁以下、林幹人「承継的共犯について」立教法学97号(2018年)185-186頁などを参照。
- (8) 例えば、高橋・前掲注(5)179頁は、「全面否定説には、後行者は先行者が開始した犯罪の実現に因果的に寄与しているという点を適切に評価できていないのではないかというある意味素朴な疑問がある」とし、さらに、同頁注45)は、「処罰の間隙の問題も重要ではあるが、それよりもむしろ、全面否定説がこのような共犯の理解の仕方に疑問を覚える」とする。
- (9) 例えば、大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院新社、1981年)122頁は、因果的共犯論(惹起説)は「刑法の任務を法益の保護に求める立場からの帰結」としていた。

- (10) 松原・前掲注（7）曹時1頁は、因果的共犯論が「共犯者も自己の関与行為によって惹起された事態に責任を負うべきことを説くものであ」ることを強調するが、そのこと自体は、責任共犯論や不法共犯論であっても変わらないはずである。
- (11) その中でも、承継が問題となるのは特に幫助犯であるが、教唆犯についておよそ承継を問題とし得ないわけではない（後掲注（97）参照）。
- (12) 現在の通説的理解によれば、因果的共犯論という処罰根拠論は共同正犯にも妥当するものと解されている（山口・前掲注（1）309頁などを参照）。しかし、共同正犯を共犯の処罰根拠論の対象に含めることには異論もある（例えば、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2018年）451頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂、2018年）320頁などを参照）。この点については、さらに、豊田兼彦「共犯の因果性——承継的共犯の問題を中心に——」刑事法ジャーナル44号（2015年）5-6頁も参照。
- (13) 伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法律時報91巻11号（2019年）68-69頁参照。
- (14) 橋本・前掲注（5）591頁以下、井田・前掲注（5）637頁以下参照。
- (15) 伊藤・前掲注（13）69頁も、「承継的幫助犯については、個別行為アプローチから基礎づけることになろう」とする。なお、橋本・前掲注（5）592頁、井田・前掲注（5）636頁も参照。
- (16) 西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣、2010年）860頁〔島田聡一郎〕などを参照。
- (17) 橋本・前掲注（5）585頁、井田・前掲注（5）644-645頁参照。
- (18) 橋本・前掲注（5）595-596頁参照。
- (19) 厳密に言えば、因果性が必要な結果の理解は、論者により様々であるが、ここでは、さしあたり、「最終結果」としておく。なお、橋本・前掲注（5）393頁以下は、全ての法益侵害結果に対する因果性を要求しており、その意味では、共犯論のレベルでは承継否定説と同様の理解を採用しつつ、各論解釈によって（詐欺罪について）承継を認めるものといえる。そのため、同見解は、本節の検討対象外とする。
- (20) 山口・前掲注（1）371頁参照。
- (21) 西田ほか編・前掲注（16）860頁〔島田〕参照。
- (22) 通説は、さらに正犯が違法でなければならないと解している（山口・前掲注（1）326-327頁などを参照）。
- (23) （承継的共同正犯に関するものであるが）井田・前掲注（5）645頁参照。

- (24) 十河・前掲注(5) 146頁参照。
- (25) 小林・前掲注(3) 599頁、松原・前掲注(7) 曹時19-20頁などを参照。
- (26) 十河・前掲注(5) 148頁参照。
- (27) 高橋・前掲注(5) 178頁参照。
- (28) 論者は、「承継的共犯が認められる根拠は、……第1次的な保護法益を侵害・危殆化し、先行者と共に犯罪を完成させたといえる点に求められる」(十河・前掲注(5) 148頁参照)と説明していることから、「先行者と共に犯罪を完成させた」という事情によってそれを説明するつもりなのかもしれないが、そのような説明は、(間接的な)法益侵害(危殆化)の惹起(のみ)を処罰根拠とする因果的共犯論の理解と整合しないであろう。
- (29) 高橋・前掲注(5) 182-183頁参照。さらに、伊藤・前掲注(13) 68-69頁も参照。このような説明は、先行者からみて「強取」等に当たる行為に関与していることを理由に承継を認める見解(西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂、2019年) 396頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年) 387頁などを参照)を理論的に補強するものである。
- (30) 論者は、そのような違法性の高まりを「構成要件の評価の引継ぎ」と表現することによって、これを説明しようとしているのかもしれないが、そのような「構成要件の評価の引継ぎ」の内実は明らかではない(松原・前掲注(7) 曹時22-23頁は、「この加重的不法は、先行者の不法な行動に同調する後行者の悪しき心情に由来するものではないだろうか」と指摘する)。結局のところ、進行中の犯罪が強盗である、という形式的な説明にとどまらざるを得ないのではないと思われる。
- (31) 山口・前掲注(1) 310頁、佐伯・前掲注(29) 370頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018年) 533頁、小林・前掲注(3) 599頁、曾根威彦『刑法原論』(成文堂、2016年) 541頁、町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994年) 116頁などを参照。
- (32) 山口・前掲注(1) 371頁参照。ただし、松原・前掲注(7) 曹時15-16頁も参照。
- (33) 町野・前掲注(31) 116頁は、正犯と共犯の処罰根拠は、質的にも量的にも区別することはできないとする。
- (34) これを不要とするものとして、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2015年) 862頁、浅田・前掲注(3) 423頁などを参照。
- (35) 例えば、町野朔『刑法総論』(信山社、2019年) 406頁は、「共犯者の行為から正

- 犯者の行為を通じて法益侵害の結果に至る因果経過はひとつであるから『違法は連帯』する。……このようにして惹起説は制限従属性説に至る」として、惹起説（因果的共犯論）から、「(制限) 従属性」を導いている。さらに、佐伯・前掲注(29) 375頁も参照。
- (36) そのことは、上記事例において、甲と乙が事前に共謀していたとすれば、問題なく強盗罪の共同正犯が成立することから明らかである（広義の共犯に共通する処罰根拠である「因果性」という観点では、事前共謀の有無で違いは生じない）。
- (37) 山口・前掲注(1) 314頁、井田・前掲注(31) 534頁、高橋・前掲注(12) 454頁、松原・前掲注(3) 395-396頁、松宮・前掲注(12) 324頁などを参照。
- (38) 曾根・前掲注(31) 545頁参照。
- (39) 小林・前掲注(7) 「再論」12頁は、このような理解を「現在の通説（というより、ほぼ定説）」とする。
- (40) この点については、小林憲太郎『刑法総論〔第2版〕』（新世社、2020年）300-301頁、松本圭史『刑法における正当化と結果帰属』（成文堂、2020年）91-92頁も参照。
- (41) 山口厚「共犯の従属性をめぐる」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）292頁参照。
- (42) 中義勝『刑法上の諸問題』（関西大学出版部、1991年）466頁は、「共犯を二次的概念であるとするのは、もともと共犯は犯罪拡張原因であり、そのさい何を基礎にして犯罪を拡張するのかというと、それは正犯を基礎にしてそうすると考えるほかになく、もしそうでないとすれば共犯はまったくよるべきものになってしまう……。したがって、……共犯はかならず正犯行為を予想し、これに対して非正犯的加功をするものでなければならぬ」とする。しかし、既に述べた通り、因果的共犯論の立場からは、（少なくとも）間接的に構成要件を実現することが必要とされることになるのであるから、正犯の構成要件該当性（「従属性」）を基礎にするまでもなく、正犯（基本的構成要件）を基礎にした拡張が認められる。
- (43) 共犯が処罰拡張事由であることを理由に、共犯は「二次的」であるということとはできない。というのも、論者も、（狭義の共犯と同様に処罰拡張事由である）共同正犯についてまで「二次的責任類型」性を認めているわけではない（山口・前掲注(1) 307、315頁参照）からである。
- (44) 「拘留又は科料のみに処すべき罪の教唆者及び従犯は、特別の規定がなければ、罰しない」とされており（64条）、また、幫助犯については、「正犯の刑を減輕す

る」とされている(63条)ことからして、共犯は正犯より軽い類型とはいえる。しかし、そのことと、共犯が、正犯が構成要件に該当する(かつ違法である)場合にだけ処罰すべき「二次的責任類型」であるかどうかは別問題である。

(45) 小林・前掲注(3) 555頁参照。西田・前掲注(29) 363、429頁も参照。

(46) 西田・前掲注(29) 350頁などを参照。

(47) 共犯自身の行為が構成要件に該当するとはいっても、それは基本的構成要件ではなく、それが修正された共犯構成要件にすぎないから、「従属性」の要請をみたさない共犯処罰は罪刑法定主義の潜脱に当たる、という説明は成り立たない。なぜならば、共犯と同じく修正された構成要件が問題となる未遂犯においては、そのような理解は採られていないし、また採り得ないからである。

(48) 小林・前掲注(40) 304頁は、共犯の処罰根拠が妥当するだけで共犯処罰を肯定したのでは、刑罰権の対象が過大なものとなりがちであるとする。また、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年) 381-382頁、山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣、1998年) 243頁、西田・前掲注(29) 363頁、井田・前掲注(31) 534-535頁なども参照。

(49) 小林・前掲注(3) 552頁は、「当該不法類型の一部(または全部)については(正犯的にではないという意味で)間接的にしか実現されていないにもかかわらず、刑罰を科するのは罪刑法定主義の潜脱ともいいうる」とする。

(50) 橋爪・前掲注(5) 307頁参照。さらに、山口・前掲注(48) 243頁、松原・前掲注(3) 359頁も参照。

(51) 暴行罪(の単独正犯)と窃盗罪の幫助犯の成立が認められるにすぎない。

(52) 山口・前掲注(1) 325頁、西田・前掲注(29) 367頁、佐伯・前掲注(29) 372頁、井田・前掲注(31) 550-551頁などを参照。なお、判例として、大判大正2年7月9日刑録19輯771頁参照。

(53) 例えば、山口・前掲注(1) 57頁は、結果回避可能性要件の根拠を行為者に左右できない事態を理由に処罰することの不当性に求めているが、そうであるならば、それは共犯にも同様にあてはまるはずである(そのような趣旨の批判として、伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社、2010年) 361頁を参照)。今井猛嘉ほか『刑法総論(第2版)』(有斐閣、2012年) 363頁〔島田聡一郎〕は、結果回避可能性は「不可抗力で生じた事態を理由に処罰することはできないという観点から要求されているが、正犯者が結果回避可能な場合には、それは不可抗力な事態とはいえないから」、共犯の場合には、結果回避可能性は要件とされないとするが、正犯者に

とって不可抗力でないからといって、共犯者にとっても不可抗力でないとはいえないように思われる。

(54) 町野・前掲注(31) 118頁参照。

(55) 山口・前掲注(1) 323頁以下、井田・前掲注(31) 550-551頁参照。

(56) 山口・前掲注(48) 255頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）269、362-363頁、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010年）196頁参照。

(57) 林幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版会、1995年）176頁、林美月子「幫助の因果関係」法学教室137号（1992年）32頁参照。さらに、松原・前掲注(3) 398、403頁も参照。なお、町野・前掲注(31) 131頁も参照。

(58) この点については、松原・前掲注(3) 398頁注13)も参照。

(59) 島田・前掲注(56) 377頁注(33)は、「事実認定の指針としては確かに林教授が説かれる通りと思われるが、そのことから、実体法上の要件として、両者「物理的因果性と心理的因果性：筆者注」が異質であるということまで導き出すことはできない」とする。さらに、町野・前掲注(31) 132頁、山口・前掲注(48) 255頁も参照。

(60) 林・前掲注(57) 196頁は、条件関係の根拠を応報の理念に求める立場（同191頁参照）を前提として、「心理領域について、われわれはきわめて貧しい法則的知識しかもっていないところから、法益保護の目的のために、応報の理念を犠牲にして、処罰することが正当化される」とする。

(61) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂、2003年）31頁以下参照。

(62) 小林憲太郎『刑法総論』（新世社、2014年）（小林・前掲注(40)の初版）149頁では、このような説明がなされていた。

(63) その他、西田・前掲注(56) 206頁は、「共犯を犯罪遂行の方法的類型、間接的法益侵害として理解する以上、複数の関与者によって実現された結果が単独犯の場合と同一の場合があることは当然に考えられるから」、共犯の場合には、条件関係は要件とされないとする。しかし、そのような説明では、法益侵害（危殆化）の惹起を処罰根拠としていることの説明にはなっていない、という先ほどの批判が妥当することになる。

(64) 小林・前掲注(40) 310頁参照。

(65) 小林・前掲注(7)「再論」12頁は、「実務家の間では、共犯とは（共同）正犯による犯罪の完成をもたらす、あるいは、これを授けたものであるとの発想が強く

根づいている」と指摘する(ただし、小林は、このような実務家の発想について、不法共犯論を述べたものだとして評している)。また、松宮孝明『先端刑法総論——現代刑法の理論と実務』(日本評論社、2019年)229-230頁は、「強盗、恐喝、詐欺等の結合犯については、先行者が開始したこれらの罪を既遂にすることに、あるいは完成させることに寄与したとして、これらの罪の共犯として評価してもよい」とする。さらに、井田・前掲注(31)546頁も参照。

(66) 山口厚『「共犯の因果性」の一断面』『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻』(成文堂、2006年)359頁注17)は、「先行行為者について強盗罪が成立するから、それに関与する後行行為者は、当然、強盗罪の共犯だとする(おそらく、何らかの意味で承継を肯定する見解の背後にある)考え方は、先行行為者の刑事責任を借り受けるものとして後行行為者の共犯責任を構想することになり、今日では、維持しがたい見解である」とする。

(67) 共犯の処罰根拠論については、大越・前掲注(9)、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂、1988年)93頁以下、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年)275頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005年)157頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年)3頁以下などを参照。

(68) 小林・前掲注(7)「再論」12頁は、実務家の間で、不法共犯論的な発想が強く根づいていることを指摘する(前掲注(65)参照)が、それはあくまでも承継を認める際の論理に限った話であって、一般論として、実務家が不法共犯論のような理解を採用しているわけではないであろう。

(69) 責任共犯論や不法共犯論の問題点については、前掲注(67)の文献などを参照。

(70) 教唆犯については、幫助犯とは異なり、条件関係(結果回避可能性)を要求することに特段の支障はない(山口・前掲注(1)324頁などを参照)ことから、教唆犯についてのみ、その惹起すべき「結果」を正犯と同一のものとして理解することも不可能ではない。しかし、共犯の処罰根拠の統一性という観点からは、教唆犯が惹起すべき「結果」も、幫助犯と同様に「(現実が生じた正犯結果に対する)寄与」と解したうえで、両者の相違はその「寄与」の内容として説明する方が、より適切であるように思われる。

(71) 例えば、山口・前掲注(48)255頁が「犯行の促進『それ自体が』法益保護の観点から否定的に評価されるべきことがらなのである」とし、また、島田・前掲注(56)368頁が「最終的な構成要件の結果を直接回避可能であったことそれ自体は共

犯の処罰根拠ではない」としているのは、そのような理解の表れとみることができるように思われる。

- (72) 西田・前掲注（29）362-363頁は、「共犯の処罰根拠はあくまで、構成要件的な違法性の惹起、あるいは、構成要件という枠によって枠付けられた違法性の惹起であり、単に、法益侵害という意味での違法性を惹起すればよいというわけではない」とするが、このような意味であれば正当である。
- (73) これに対して、（一定の）法益侵害（危殆化）の惹起の促進を禁圧することは、禁圧対象を基本的構成要件に該当する行為に限定した趣旨に反するものではなく、むしろ、その趣旨を全うすることに資するものである。
- (74) これらの説明は、いずれも、正犯と共犯が惹起すべき「結果」を異なった形で理解することによって、はじめて成り立つものである。なお、後者（「制限従属性」）の説明については、適法行為に関与する行為を違法と評価するのは矛盾であるとの発想から、同様の説明をすることも不可能ではない。しかし、そのように考えてしまうと、適法行為を利用する間接正犯も否定せざるを得なくなってしまう（このような指摘として、小林・前掲注（3）556頁を参照）。もちろん、正犯と共犯が惹起すべき「結果」を異なった形で理解する場合には、そのような問題は生じない。
- (75) 共犯の因果性は正犯（他の共同正犯者）の行為を介した因果性でなければならないことを特に指摘するものとして、山口・前掲注（1）319頁、島田・前掲注（56）99頁を参照。
- (76) 島田・前掲注（56）100頁は、正犯行為の介在を要せずに共犯の成立を認める理解に対して、「正犯と共犯の限界付けが著しく不明確になってしまう」と批判する。しかし、そのような問題が生じるのは、因果的共犯論が、正犯と共犯の処罰根拠（惹起すべき「結果」）を同一のものとして理解するからであろう。それらを異なったものとして理解する本稿のような立場に立つ場合には、そのような問題は生じないように思われる。
- (77) 正犯行為後にも幫助犯の成立を認めるものとして、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第三版〕第5巻』（青林書院、2019年）699-700頁〔堀内信明ほか〕、井田・前掲注（31）546頁などを参照。
- (78) 嶋矢貴之「共犯論」法学教室418号（2015年）19頁は、承継肯定説と承継否定説の「対立の焦点は、行為——特に複数の行為が定められている構成要件についてそのすべての行為——への因果的惹起を必須のものと見なすか否かという点にある」としていた。

(79) 厳密に言えば、詐欺罪や恐喝罪の場合は、行為者側の実行行為が複数含まれているわけではなく、行為者側の欺罔ないし恐喝行為と被害者側の交付行為とが含まれていることになる。このような理解に対しては、受交付行為がなされなければ財物の取得はあり得ない以上、欺罔ないし恐喝行為だけでなく、受交付行為も行為者側の実行行為に含まれる、との異論があり得る（そのような理解として、安田拓人「判批」法学教室441号（2017年）126頁、橋爪隆「共同正犯をめぐる問題（3）——承継的共同正犯をめぐる問題について」警察学論集70巻9号（2017年）160頁、十河太郎「騙されたふり作戦と詐欺未遂罪の共犯」同志社法学70巻2号（2018年）6頁、樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）149頁、原口伸夫「特殊詐欺の事案においてだまされたふり作戦が実施された場合と不能犯の法理——同時に、未遂の場合の承継的共犯に関する一考察——」駒澤法学19巻4号（2020年）54-55頁などを参照。さらに、小林・前掲注（3）643頁も参照）。しかし、受交付行為が財物の取得にとって不可欠であるように思われるのは、「受交付行為」に「受交付（＝財物の取得）」という結果も含めて考えているからにすぎないように思われる（この点については、高橋則夫「不能犯における『行為規範と制裁規範の結合』」増田豊先生古稀祝賀『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』（勁草書房、2018年）193頁も参照）。そのような結果を抜きにして考えると、欺罔行為によって被害者による財物の交付が十分に条件づけられている（受交付行為が挙動による欺罔に当たらない場合にはそのようにいえる）限り、受交付行為（交付を受けようとする行為ないし交付を促す行為）は、財物の取得にとって不可欠ではなく、また重要でもないというべきである（もちろん、交付の相手方がいなければ交付しようがないという意味では受交付者の存在は不可欠であるものの、それは受交付行為の不可欠性とは無関係である）。そもそも、受交付行為を実行行為と解することは、結論の妥当性という観点からも疑問である。例えば、甲がVを欺罔し、現金入りの荷物を自宅に送付させたという場合、甲に荷物の占有が移転したと認められる限り、偶々、甲が荷物の受領時にVに荷物を送付させたことを失念していたり（故意を欠いていた）、荷物を受領したのが甲ではなく（甲と共謀することなく事態を認識した）甲の同居人乙であったりしたとしても、甲について詐欺（既遂）罪の成立を否定すべきではないであろう。仮にこの場合の甲について詐欺（既遂）罪の成立を認めるべきだということであれば、それは、受交付行為を実行行為と解すべきでないということになる。もっとも、この点の理解は、以下で示す結論に必ずしも影響を及ぼさない（ここで詳論することは

できないが、受交付行為が実行行為でない（重要でない）としても、後行者について共同正犯性を認め得なくなるわけではない。

- (80) 同決定は、「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している」ことを指摘して承継を認めているが、そのような指摘は、欺罔行為と受領行為が手段・目的の關係に立つことを指摘したものと解することができるように思われる（橋爪・前掲注（5）399頁参照）。そうだとすれば、同決定は、詐欺罪だけでなく強盜罪等の承継を肯定することも視野に入れていることになろう。ただし、川田・前掲注（6）304頁は、詐欺罪の特質にも言及している（後掲注（81）参照）。

- (81) 橋爪・前掲注（5）396頁参照。川田・前掲注（6）304頁も、「詐欺罪の保護法益は個人の財産であり、欺罔行為はこれを直接侵害するものではなく、欺罔行為を手段として錯誤に陥った者から財物の交付を受ける点に法益侵害性がある」とする。

- (82) 小林・前掲注（7）「再論」7頁、町野・前掲注（31）133頁、林・前掲注（3）383頁、松原・前掲注（7）曹時20頁参照。さらに、豊田・前掲注（12）8頁も参照。

- (83) 橋爪・前掲注（5）395、396-397頁注56）参照。

- (84) 判例は必ずしもそのように理解していないようであるが（最判昭和24年2月8日刑集3巻2号75頁参照）、ここは多くの学説（山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）217頁などを参照）に倣い、そのように理解しておく。

- (85) だからこそ、暴行・脅迫時点で財物奪取意思が必要とされているのであろう。仮に第1不法が被害者の反抗を抑圧することに尽きるのであれば、それを惹起する暴行・脅迫の時点でそのことの認識（・認容）以上の内容（財物奪取意思）が必要とされる理由が不明である。なお、強盜罪が暴行・脅迫と財物奪取からなる「結合犯」とであるという点は、暴行・脅迫時点で財物奪取意思（強盜罪全体の故意）が必要とされるべき理由とはならない（この点については、後掲注（97）参照）。

- (86) 学説においては、暴行・脅迫による（高度の）人身危険を要求する見解が主張されている（松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）232-233頁、嶋矢貴之「強盜罪と恐喝罪の区別—恐喝罪の研究による強盜罪要件の再構成」『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）334頁以下などを参照）。そのような立場からは、強盜罪の第1不法（人身危険）は暴行・脅迫時点で既に実現されているとみなさざるを得ないように思われる。しかし、特に脅迫の場合において、そのような人身危険を（常に）要求することは困難である（この点については、芥川正洋「強盜

- 罪の自由侵害犯の構成について(1)早稲田法学会誌67巻2号(2017年)8頁以下を参照。さらに、杉本一敏「俺の凶器は、お前の恐怖心だ——強盗 vs. 恐喝、強盗 vs. 窃盗①」高橋則夫ほか『財産犯バトルロイヤル——絶望しないための方法序説』(日本評論社、2017年)61頁も参照)。そのため、強盗罪の不法内容に、そのような人身危険が含まれるとしても、それが、強盗罪の成立を基礎づけるために不可欠であるとまではいえないように思われる。この点については、橋爪隆「強盗罪の構造について」法学教室430号(2016年)66頁の指摘も参照。
- (87) 財物奪取(ないしそれへの関与行為)自体が、暴行・脅迫(反抗抑圧状態を維持・継続させる行為)と評価できる場合は別である。
- (88) 例えば、島田・前掲注(56)362頁以下の理解を参照。さらに、前掲注(75)も参照。
- (89) 中止犯をあえて共犯になぞらえて説明するならば、自らが行った実行行為を従属対象とする逆向きの共犯、と考えることができる。
- (90) そのことは、中止犯に違法減少的な側面を見出す見解(近時のものとして、松本・前掲注(40)182頁以下を参照)が主張されていることに示されている。「促進」による「結果」の惹起が違法を基礎づけ得るからこそ、その逆向きの「中止」による「結果」の惹起に違法減少的な側面を見出すことができるのであろう。もちろん、中止犯の減免根拠を違法減少に求める見解は、必ずしも支持を得ているわけではない。しかし、その主たる理由は、未遂犯として一度確定した評価が事後的に変更されることはない、という上記の理解と無関係な点にある(山口・前掲注(1)294頁などを参照)。そのため、共犯と中止犯とを逆向きのものとして理解する本稿の構想は、中止犯の減免根拠を違法減少に求めることができるか否かにかかわらず成り立ち得る。
- (91) 山口・前掲注(48)255頁は、「促進」について、「正犯が法益侵害に至る事実上の(物理的・心理的)障害を乗り越えることに寄与することを意味し、場合によっては、正犯が犯行に失敗していたかもしれない、あるいは正犯が翻意して犯行を思いとどまったかもしれないという状況を失わせることを意味する」と説明していた。
- (92) だからこそ、暴行・脅迫により被害者の反抗を抑圧した後、財物奪取時点でその後の犯行を中止した場合であっても、それは窃盗の中止にとどまるのではなく、強盗を中止したものと認めることができるのであろう。
- (93) このような理解に対しては、例えば、後行者が関与後に財物奪取を分担したが、後行者の関与がなくても、先行者が自ら財物奪取を行っていたであろうといえ

る場合には、そもそも「中止」の可能性が認められないのだから、「促進」を認めることもできないのではないか、という疑問を示されるかもしれない。しかし、そのような事情があったとしても、先行者が翻意する可能性はなお残されている（人の意思決定が介在する以上、翻意可能性が認められないということは想定できない）以上、後行者による財物奪取の分担は、先行者の翻意によって不法の実現が妨げられる可能性を失わせているといえ、そのことを理由に「促進」を肯定することができる。このような理解は、（翻意可能性を失わせることを意味する）犯意の維持・強化について、心理的因果性が肯定されていること（最決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁参照）とも整合する。

- (94) なお、ここでは、反抗抑圧状態が解消されることを問題とするわけではないので、被害者が死亡していた場合や、重傷を負い、直ちに反抗抑圧状態が解消される見込みがない場合であっても、強盗罪の承継的共犯の成立を認め得る。その点で、反抗抑圧状態を解消しないことをもって不作為の脅迫を認める構成（山口・前掲注（1）373頁以下参照）と結論が異なり得る。
- (95) 先行者の行為が効果をもち続けている場合に承継を認める見解（平野・前掲注（48）383頁参照）や先行者の「強取」に対する関与を理由に承継を認める見解（西田・前掲注（29）396頁、佐伯・前掲注（29）387頁などを参照）は、このような本稿の理解と実質的に同趣旨のものとして理解することができよう。
- (96) 少なくとも、これまで承継的共犯の成否が問題とされてきた強制性交等罪、詐欺罪、恐喝罪については、このような理解は十分に可能であるように思われる。
- (97) 松原芳博「結合犯と行為主義——手段-目的型結合犯と原因-結果型結合犯——」椎橋隆幸先生古稀記念『新時代の刑事法学〔下巻〕』（信山社、2016年）38頁は、結合犯には、「手段-目的型結合犯」と「原因-結果型結合犯」とが存在することを指摘するが、ここで問題としているのは、後者の「原因-結果型結合犯」である。なお、このようなタイプの結合犯については、結合犯全体の故意が後行者の関与後に生じる場合もあり得る（同38頁参照）ので、承継的教唆も問題となり得る。
- (98) このような結合犯については、そもそも、それを結合犯と解すべきか自体が問題となり得るが、承継の問題が生じるのは結合犯と解した場合だけであるから、ここでは、さしあたり、結合犯と解する立場を前提としておく。なお、これらを身分犯ではなく結合犯と解すべきことを説くものとして、松原・前掲注（97）23頁以下を参照。
- (99) 事後強盗罪について、このように指摘するものとして、山口・前掲注（66）352

頁以下、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2018年）292頁、松原・前掲注（86）247頁以下、橋爪隆「事後強盗罪について」法学教室431号（2016年）81頁などを参照。

(100) このような説明に対しては、強盗罪の場合も、暴行罪や脅迫罪として考えれば、後行者の関与時点で既遂に至っている、との反論がなされるかもしれない。しかし、既に述べたことから明らかなように、強盗罪の第1不法は、単なる暴行や脅迫の不法とは異なっているから、暴行罪や脅迫罪として既遂に至っていることは、強盗罪の解釈においては何の意味ももたない。これに対して、ここで問題とされているタイプの結合犯については、そのような理解は困難である。そのことは、このようなタイプの結合犯の故意の理解にも表れている。例えば、事後強盗罪においては、先行する窃盗の時点では、窃盗の故意があれば足りると解されている。それは、先行する窃盗部分の不法が窃盗のそれに尽きるからであろう。仮に先行する窃盗部分の不法が（暴行・脅迫時点で実現され得る）それに尽きない内容を含んでいるのだとすれば、先行する窃盗の時点でそれについての認識（・認容）も要求されることになるはずである。なお、松原・前掲注（97）38頁は、このようなタイプの結合犯（「原因-結果型結合犯」）について、「第一行為によって作出された状況が第二行為に出ようとする意思を誘発することが少なくないので、これを強く抑止するために一つの犯罪類型として規定されたものである」と説明する。そのような理解からは、「第二行為に出ようとする意思を誘発する状況」の惹起を第1不法として理解することにより、手段・目的型と同様の理解が可能であるように思われるかもしれないが、そのような解釈の余地は、上記のような故意の理解から排除されている。

(101) 強盗・強制性交等罪は、強制性交等が先行する場合も含まれるが、ここでは、強盗が先行する場合のみを問題とする。

(102) 例えば、松原・前掲注（3）405頁を参照。

(103) この点については、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1994年）19頁も参照。

(104) そのような理解として、（強盗強姦罪についてであるが）島田聡一郎「事後強盗罪の共犯」現代刑事法44号（2002年）21頁参照。

(105) 西田典之『新版 共犯と身分』（成文堂、2003年）315頁、島田・前掲注（104）20頁、橋爪・前掲注（99）82頁参照。

(106) この点については、山口・前掲注（66）353-354頁も参照。なお、佐伯仁志

「事後強盗罪の共犯」研修632号（2001年）6頁以下は、仮に同罪を結合犯と解しても、強盗類似の財産犯性を十分に説明することはできないとの問題意識から、238条前段の「窃盗犯人」のみを違法身分と解し、同条後段の「窃盗犯人」を人身保護の観点から責任が加重された責任身分と解している。そのような問題意識自体は理解できるものの、だからといって、同条後段について、そのような「不十分な」財産犯性すら否定してしまうのは、極論であるように思われる（例えば、橋爪・前掲注（99）74頁は、そのような問題意識を共有しつつも、事後強盗罪を結合犯と解する立場を維持している）。

- （107）松原・前掲注（86）248頁、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2013年）178頁〔小林憲太郎〕、町野・前掲注（35）420頁などを参照。
- （108）島田・前掲注（104）20頁、橋爪・前掲注（99）82頁参照。
- （109）なお、事後強盗罪については、実務上、承継的共犯の問題とはせず、65条の問題とする処理が定着している（真正身分犯としたものとして、大阪高判昭和62年7月17日判時1253号141頁、名古屋地岡崎支判平成30年2月26日LEX/DB 25560117を、不真正身分犯としたものとして、新潟地判昭和42年12月5日下刑集9巻12号1548頁、東京地判昭和60年3月19日判時1172号155頁を参照）。そのような処理をする背後には、承継的共犯の問題において、同罪を強盗罪（手段・目的型）と同様に扱うことはできないとの問題意識があるのかもしれない。実務が、そのようないわば消極的な理由から同罪を身分犯と解しているのだとすれば、2項強盗罪による処理も考えられてよいように思われる（嶋矢貴之「共犯の諸問題——共犯と錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程」法律時報85巻1号（2013年）32頁は、65条による処理は、「個別具体的事案の事実関係を検討して事後強盗の共犯の成否を決することが困難になるという点がある」ことから、実務家からも忌避感を抱かれていることを指摘する（さらに、佐伯・前掲注（106）10-11頁も参照）。そのような個別具体的事案に即した処理は、2項強盗罪の成否を検討することにより、実現することができよう）。
- （110）例えば、強盗殺人罪についてそのような形の承継が問題となり、それを認めたものとして、大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁を参照。
- （111）そのような理解を示す判例として、例えば、強制わいせつ致傷罪について、最決平成20年1月22日刑集62巻1号1頁、強盗殺人罪について、最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁などを参照。
- （112）強盗致死傷罪については、最判昭和23年6月12日刑集2巻7号676頁を参照。

- (113) そのような理解として、古江頼隆「判批」研修457号(1986年)65-66頁を参照。また、橋爪隆「強盗致死傷罪について」法学教室432号(2016年)102頁は、強盗致死傷罪について、「行為者が現実には財物等を強取したことは(あえて厳密に言えば)構成要件該当事実の内容を構成しない」とする。
- (114) この点については、松原・前掲注(97)36頁も参照。
- (115) 強盗・強姦性交等罪については、強盗と強姦性交等のいずれもが未遂の場合についてもその成立が認められるが(ただし、241条2項参照)、だからといって、同罪の不法内容に強盗や強姦性交等の不法が含まれていないとは解されないはずである。
- (116) もっとも、強盗致死傷罪については、死傷結果の原因行為となる暴行・脅迫によって2項強盗罪(未遂の場合も含む)ないし事後強盗罪が成立する場合が少なくないであろうから、その場合には、それらを介して強盗致死傷罪の成立を肯定し得る。
- (117) 保坂和人「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律について」警察学論集67巻3号(2014年)59頁などを参照。
- (118) 発覚免脱行為の時点で死亡結果が未だ発生していない場合には、発覚免脱行為への関与が、死亡結果の発生を阻止すること(「死傷させる」行為のいわば「中止」)を阻害する(②に対する「促進」)という意味をもつこともあり得なくはない。しかし、そのような場合でも、①に対する「促進」を認めることは、やはりできない。
- (119) このような結論を支持するものとして、法制審議会刑事法(自動車運転に係る死傷事犯関係)部会第6回会議事録29頁〔島田幹事発言〕(以下、「部会第6回会議事録」とする。)、杉本一敏「自動車運転死傷行為等処罰法の成立をめぐる所感——議事録を読んで——」刑事法ジャーナル41号(2014年)32頁、松原・前掲注(97)43-44頁、橋爪隆「過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪について」『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣、2017年)518頁、松尾誠紀「過失運転致死傷アルコール等影響発覚免脱罪の罪質とその要件解釈」法と政治68巻3号(2017年)27頁参照。
- (120) 共同正犯の場合も、部分的犯罪共同説の立場(最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁参照)を前提とするならば、同様の問題が生じよう。
- (121) そのような理解として、部会第6回議事録20頁〔保坂幹事発言〕参照。
- (122) 松尾・前掲注(119)29-30頁参照。
- (123) 「証拠の他人性」を不法要素と解するものとして、小林・前掲注(40)30頁参照。さらに、山口・前掲注(1)33-34頁、井田・前掲注(31)100頁注18)も参照。